Das
Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages,

dargestellt nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches unter gleichzeitiger Berücksichtigung des gemeinen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Otto v. Renesse,

Referendar in Eitorf a. d. Sieg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

1. Das Zurückbehaltungsrecht in den römischen Quellen und der älteren gemeinrechtlichen Literatur 1
2. Unsere Aufgabe 2

A. Erster Abschnitt: Das Zurückbehaltungsrecht nach gemeinem Recht und dem Rechte des BGB.

I. Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts 4

II. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts 5

a) Die in der Literatur vertretenen Ansichten 5

b) Eigene Auffassung. Das Zurückbehaltungsrecht dient dem Rechtsschutze, indem es

1. sichert; das Zurückbehaltungsrecht ist daher ein Sicherungsmittel 7
2. zwingt; das Zurückbehaltungsrecht ist daher ein Zwangsmittel 7
3. Im Rechtsleben tritt bald die Sicherungs-, bald die Zwangsfunktion mehr hervor 8
4. Der Rechtsschutz wird nur gewährt durch einfaches Zurückbehalten 8

Das Zurückbehaltungsrecht gibt kein Verkaufsrecht. Dieses läßt sich nicht herleiten

α) aus § 777 ZPO. 8

β) aus § 772 Abs. 2 und § 1003 Abs. 1 BGB. . . . 8

α 1) § 772 Abs. 2 BGB. 8

β 1) § 1003 Abs. 1 BGB. 9

5. Ist das Zurückbehaltungsrecht ein Mittel des Rechtsschutzes, wäre seine Verweisung in den allgemeinen Teil des BGB. zweckmäßig gewesen 9

III. Die gemeinrechtlichen Einteilungen des Zurückbehaltungsrechts; insbesondere sein Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten.

a) ius retentionis perpetuae — temporalis; das Verhältnis zwischen Retention und Kompensation 10

1. Zwischen beiden Rechtsinstituten bestehen gewisse Berührungspunkte 10
2. Es läßt sich eine Reihe von Unterscheidungsmerkmalen zwischen Retention und Kompensation aufzählen . . . 10

α) Verschieden ist die bei beiden Rechtsinstituten stattfindende Retentio 10

β) Verschieden sind die Voraussetzungen und juristischen Wirkungen von Retention und Kompensation . . . 11

γ) Verschieden ist die Regelung der Zulassung von Retention bezw. Kompensation gegenüber beschlagnahmten Forderungen 11

δ) Verschieden sind die Zwecke, die Retention und Kompensation verfolgen 13

Seite

Kritik der gegenteiligen Ansicht Lippmanns und der aus ihr gezogenen Folgerungen.

Ein Exkurs: Kritik der von Lippmann für eine Gleichstellung von Retention und Kompensation angeführten Argumente 14

ε) Mit dem dem Retentionsrechte eigentümlichen Zweck ist die Befugnis zur Sicherheitsleistung vereinbar; dem Zwecke der Kompensation würde sie widersprechen . . 15

ζ) Verschiedenheiten ergeben sich bei der Prüfung der Frage nach der Zulassung der condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Retention bezw. Kompensation. 15

η) Verschieden ist nach BGB. die juristische Natur von Retention und Kompensation. A. A. Lippmann . . 17

ϑ) Aus dieser verschiedenen juristischen Natur unserer Rechtsinstitute folgen für unser heutiges Recht Abweichungen im Eintritt der Wirkungen von Retention und Kompensation; anders lag die Sache im gemeinen Rechte 17

ι) Die Aufrechnungserklärung ist ihrem rechtlichen Wesen nach von der Erklärung, von dem Retentionsrechte Gebrauch machen zu wollen, durchaus verschieden . . 18

ϰ) Zur Abgabe und Entgegennahme der Kompensationserklärung bedarf es einer besonderen Prozeßvollmacht, nicht aber zur Geltendmachung des Retentionsrechts . 18

3. Folgerungen 18

α) Zwischen dem Zurückbehaltungsrechte und der Aufrechnung besteht keinerlei Zusammengehörigkeit; die gemeinrechtliche Einteilung ist zu verwerfen 18

β) Die analoge Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsinstituts auf das andere ist grundsätzlich ausgeschlossen 18

b) ius retentionis qualificatum sive materiale — ius retentionis formale vel simpley. Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zum Pfandrecht 19

1. Beide Rechtsinstitute gleichen sich in gewisser Beziehung. 19

2. Unterscheidungsmerkmale 19

3. Ergebnis 20

c) Gesetzliches Zurückbehaltungsrecht, ius retentionis legale seu necessarium — vertragliches Zurückbehaltungsrecht, ius retentionis voluntarium 20

1. Es gibt ein Zurückbehaltungsrecht, das durch Parteiabrede eingeräumt wird 20

2. Die Parteien sind aber bis zu einem gewissen Grade an die für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht geltenden Grundsätze gebunden 21

α) Stets müssen sich zwei selbständige Gegenforderungen gegenüberstehen; im übrigen ist eine Änderung der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts zugelassen. Kritik der Ansicht des Reichsgerichts 22

β) Eine Änderung der juristischen Natur des Retentionsrechts ist ausgeschlossen; insbesondere ist nicht gestattet die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechts mit dinglicher Wirkung 24

γ) Eine Änderung der prozessualen Wirkung des Retentionsrechts ist nach gemeinem Rechte gestattet, grundsätzlich nicht nach unserem heutigen Rechte 25

Seite

δ) Die sonstigen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts, seine Ausschließungs-Beendigungsgründe bestimmen sich in erster Linie nach dem Willen der Parteien . . . 26

IV. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts 26

a) Der Anspruch auf seiten des Gläubigers 26

1. Der Anspruch muß fällig sein; Begriff der Fälligkeit; Beispiele für nicht fällige Ansprüche 26
2. Dem Anspruche dürfen außer der Retentionseinrede nicht noch sonstige Einreden entgegenstehen 28

α) Es ist erforderlich, fällige und mit Einrede behaftete Ansprüche zu scheiden, denn ein Anspruch, dem eine Einrede entgegensteht, kann stets noch fällig genannt werden. A. A. Langheineken. Kritik seiner Lehre . . 28

β) Ausgeschlossen ist ein Retentionsrecht 30

α 1) bei Entgegenstehen dauernder Einreden 31

β 1) bei Entgegenstehen verzögerlicher Einreden . . 31

3. Der Anspruch muß klagbar sein. 31
4. Er kann dinglicher oder persönlicher Natur sein . . . 32

α) Die für das gemeine Recht von Luden vertretene Ansicht ist unhaltbar 32

β) Auch die von den Protokollen, von Schollmeyer und Rehbein für unser heutiges Recht vertretene Auffassung ist zu verwerfen 32

α 1) Gegen sie sprechen Billigkeitserwägungen . . . 32

β 1) Aus der ausdrücklichen Normierung des Zurückbehaltungsrechts in § 1000 BGB. darf nicht eine Einengung des Zurückbehaltungsrechts gefolgert werden. Interpretation der §§ 1000 u. 1001 BGB. Zurückweisung der Ansicht Langheinekens . . . 33

γ 1) Auch aus den Worten der Mot. Bd. 2 S. 40: „obligatorisches Zurückbehaltungsrecht" kann nicht eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts gefolgert werden 34

δ 1) Gegen die Einengung des Zurückbehaltungsrechts spricht seine juristische Natur. Kritik seiner Stellung im System des BGB. 35

5. Der Gegenstand des Anspruchs 35

α) Der Standpunkt des gemeinen Rechts und BGB. im allgemeinen 35

β) Insbesondere die Retention einer Sache 36

α 1) Der Eigentümer kann retinieren, ferner haben ein Retentionsrecht der juristische Besitzer, Detentor des gemeinen Rechts, der Besitzer des heutigen Rechts 36

β 1) Der Besitzdiener kann nur das Retentionsrecht des Besitzers ausüben. Folgerung: Der Retinent kann ein Retentionsrecht an Sachen ausüben, ohne daß er sie in Händen hat. Weitere Beispiele für die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an Sachen, die man nicht in seiner Gewalt hat 37

γ) Der Retentionsgegenstand braucht keinen Verkaufswert zu besitzen 38

δ) Der Gegenstand darf der Verfügungsmacht der Parteien nicht entzogen sein 38

b) Der Anspruch auf seiten des Schuldners 38

1. Es muß eine Gegenforderung vorhanden sein. A. A. Grosskopff für das gemeine Recht 38

Seite

2. Diese kann klagbar wie klaglos sein 39
3. Sie muß fällig sein. Ausnahmen:
   α) bei einstweiliger Verfügung: § 935 ZPO. . . . 40
   β) bei Parteiabrede 41
4. Es darf ihr keine Einrede entgegenstehen. 41
   α) Nochmalige Hervorhebung des Unterschiedes zwischen einem fälligen und dem mit einer Einrede behafteten Anspruche 41
   β) Der Anspruch des Schuldners darf nicht behaftet sein mit einer dilatorischen Einrede, insbesondere auch nicht mit einer der sog. „Ausnahmeeinreden" 42
   γ) Dem Anspruche darf nicht eine dauernde Einrede entgegenstehen 42
      α 1) Insbesondere nicht eine der sog. Aufhebungseinreden 43
      β 1) Die Haftungseinreden bewirken eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts 44
      γ 1) Die Verjährungseinrede hat den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts zur Folge 44
         α 2) Die Wirkung der Verjährung im allgemeinen 45
         β 2) Insbesondere der Einfluß der Verjährung des Gegenanspruchs des Schuldners auf die Ausübbarkeit des Retentionsrechts . . . 45
         γ 2) Kritik der Ansicht Langheinekens, Rehbeins, Regelsbergers 46
5. Liquidität der Forderung ist nur prozeßrechtliches Erfordernis 48
6. Auf die Beschaffenheit des Gegenstandes des Anspruchs kommt nichts an 49
   Insbesondere ist
7. auch bei Gleichartigkeit der Gegenstände der Ansprüche ein Retentionsrecht zulässig 49

c) Die Beziehungen beider Ansprüche zueinander 51

1. Gegenseitigkeit der Forderungen 51
2. Das besondere Verhältnis der Forderungen zueinander, das die Zulassung des Retentionsrechts rechtfertigt . . 51
   α) Standpunkt des gemeinen Rechts. 51
   β) Standpunkt des BGB. 55
      α 1) Bedeutung der Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" 55
      β 1) Verhältnis des § 273 Abs. 1 zu § 273 Abs. 2 BGB. 57
      γ 1) Standpunkt der Literatur; insbesondere Kritik der Ansicht Plancks 58

V. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts 62

a) Der Inhalt dieses Abschnittes 62

b) Das Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Prozesses . . 62

1. Ist eine außerprozessuale Ausübung des Retentionsrechts möglich? 62
2. Wie wird das Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Prozesses ausgeübt? 64
3. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts 67
   α) Die Fälligkeit des Anspruchs des Gläubigers wird nicht berührt 67
   β) Die an die Nichtbefriedigung eines fälligen Anspruchs geknüpften Folgen treten nicht ein 68

Seite

γ) Der Schuldner kann den Gläubiger mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in Leistungsverzug setzen. 70
NB. Unter Umständen ist Annahmeverzug des Gläubigers begründet.

4. Sonstige Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts . . . 71
α) Das Retentionsrecht beeinflußt nicht die Forderung des Gläubigers im Sinne einer inhaltlichen Beschränkung 71
α 1) A. A. Endemann, Hölder 71
β 1) Kritik dieser Ansicht 72
β) Das Zurückbehaltungsrecht hemmt nicht die Verjährung des Anspruchs, dem es entgegensteht . . 74
γ) Es gibt als solches kein Recht an der Sache und infolgedessen im Falle des Verlustes des Retentionsgegenstandes keine Klage auf seine Wiedererlangung 74
δ) Der kraft Gesetzes Retinierende ist als solcher nicht zur Beobachtung einer gewissen Sorgfalt verpflichtet; anders regelmäßig der kraft Vertrages Retentionsberechtigte 75
ε) Das Retentionsrecht gibt kein Verfügungsrecht über den Retentionsgegenstand 76
ζ) Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts nach Maßgabe von § 772 Abs. 2 BGB. und § 777 ZPO. . 77
α 1) Das Widerspruchsrecht des Schuldners (§ 777 ZPO.) 77
β 1) Das Einrederecht des Bürgen (§ 772 Abs. 2 BGB.) 79
5. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts für und gegen Dritte 79
α) Das Zurückbehaltungsrecht zugunsten eines andern als des ursprünglichen Schuldners 80
α 1) Einfluß der Zession des Schuldneranspruchs auf das Retentionsrecht 80
β 1) Einfluß einer Schuldübernahme auf das Retentionsrecht 80
γ 1) Das Retentionsrecht des Bürgen 81
β) Das Zurückbehaltungsrecht gegen einen andern als den ursprünglichen Gläubiger 81
α 1) Einfluß der Zession des Gläubigeranspruchs auf das Retentionsrecht: 81
α 2) beim gesetzlichen Retentionsrecht; . . . 81
β 2) beim vertraglichen Retentionsrecht . . . 81
β 1) Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem dinglichen Rechte eines Dritten 82
γ 1) Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger der Forderung des Retentionsgegners 84
δ 1) Das Retentionsrecht gegenüber den Konkursgläubigern 85

c) Das Zurückbehaltungsrecht im Prozeß 85
1. Wie wird das Zurückbehaltungsrecht im Prozeß geltend gemacht? 88
2. Die Verteilung der Beweislast 90
3. Die Art der prozessualen Behandlung der Retentionseinrede 90
α) Das Gericht kann die Verhandlung auf die Retentionseinrede beschränken 90
β) Es hat kein Trennungsrecht 90

Seite

4. Die Retentionseinrede kann noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden; auch gegenüber einem rechtskräftig festgestellten Anspruche ist die Ausübung eines Retentionsrechts nicht ausgeschlossen 92
5. Wirkungen des Vorbringens der Retentionseinrede . . 92
   α) Keine Rechtshängigkeit des ihr zugrunde liegenden Anspruchs 92
   β) Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug . . . 92
   Diese muß nach heutigem Rechte erfolgen. Sie ist unabhängig vom Willen des Beklagten; Folgerung:
   α 1) Die Geltendmachung des Retentionsrechts ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung . . 94
   β 1) Zur Vorschützung der Retentionseinrede bedarf es nicht einer besonderen Prozeßvollmacht . . 94
   γ) Eine Verurteilung zur Erfüllung gegen Sicherheitsleistung ist ausgeschlossen 94

d) Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsvollstreckung. (Die Vollstreckung des auf Leistung Zug um Zug lautenden Urteils) 95

IV. Gründe für die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts . 96

a) Steht dem schlechtgläubigen und fehlerhaften Besitzer ein Retentionsrecht zu? 96

b) Der in § 273 Abs. 2 aufgestellte Ausschließungsgrund . 97

c) Die sonstigen positiv rechtlichen Ausnahmefälle des BGB. 99

Versagt ist ein Retentionsrecht:

1. Dem Mieter, Pächter eines Grundstücks, eines Wohnraumes und eines anderen Raumes wegen der Ansprüche gegen den Vermieter, Verpächter: §§ 556 Abs. 2, 581 Abs. 2, 580 BGB. 99
2. Dem Bevollmächtigten an der Vollmachtsurkunde: § 172 Abs. 2 BGB. 100
3. Dem Erben gemäß § 223 KO. 100

d) Das Zurückbehaltungsrecht darf überhaupt nicht zugelassen werden, „sofern sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt" 101

e) Kann der Retinent nur einen dem Gegenanspruche entsprechenden Teil retinieren? 101 103

f) Eine Beschränkung der Retentionsbefugnis kann nötig werden 105

1. Eine analoge Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. auf den Fall des § 273 ist möglich 105
2. Nicht gestattet ist dagegen eine analoge Anwendung des § 320 Abs. 1 S. 2 auf den Fall des § 273 107

g) Die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts bei klaglosen Ansprüchen 109

1. Das Retentionsrecht bei Spiel- und ähnlichen Forderungen. Wird durch den Ausschluß des Retentionsrechts bei jenen Forderungen der Beweis dafür erbracht, daß wegen klagloser Ansprüche ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden kann? 109
2. Ein Retentionsrecht ist wegen klagloser Ansprüche gestattet: § 1000 BGB. 110

h) Einfluß der Unpfändbarkeit des Gläubigeranspruchs auf das Zurückbehaltungsrecht 111

Seite

VII. Die Beendigung des Zurückbehaltungsrechts 115

a) Beseitigung der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts 115

1. Erlöschen des Gläubigeranspruchs 115
2. Erlöschen des Schuldneranspruchs 115
   α) Im gemeinen Rechte genügte Annahmeverzug des Retinenten 115
   β) Nach heutigem Rechte genügt Annahmeverzug des Schuldners nur nach seiner Verurteilung 116
   γ) Eine teilweise Erfüllung des Anspruchs des Schuldners genügt grundsätzlich nicht, um das Retentionsrecht zum Erlöschen zu bringen 116
3. Kann das Retentionsrecht durch Wegfall der Konnexität der beiden Forderungen erlöschen? 116

b) Sonstige Gründe des Erlöschens des Zurückbehaltungsrechts. 116

1. Zession des Schuldneranspruchs; Geltendmachung von Ansprüchen dritter dinglich Berechtigter, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Einwendungen des Retinenten nicht ausgesetzt sind; Konkurs des Retentionsgegners; Zession des Gläubigeranspruchs beim vertraglichen Retentionsrechte 116
2. Kann das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden? 117
   α) Im gemeinen Rechte 117
   β) Nach BGB. 118
      α 1) Wann kann die Sicherheitsleistung erfolgen? . 118
      β 1) Die Höhe der Sicherheit 118
      γ 1) Die Wirkung der Sicherheitsleistung 119
3. Der Verzicht 120
4. Der Verlust des Retentionsobjektes 120

VIII. Die juristische Natur des Zurückbehaltungsrechts 121

IX. Tatbestände, die dem Begriffe des Zurückbehaltungsrechts nicht unterstellt werden dürfen 127

a) Tatbestände, in denen es an einer Forderung des Gläubigers und infolgedessen an einem besonderen Einrederechte fehlt . 127

1. Zwei Fälle aus dem gemeinen Recht 127
2. Fälle aus dem BGB.: § 1428 Abs. 1, § 1579 Abs. 1 S. 1, § 1583 Abs. 2, § 803 Abs. 2 127
3. Wie zeigt sich praktisch der Unterschied jener Tatbestände von dem Tatbestande des Retentionsrechts? 128

b) Tatbestände, in denen es an einer Forderung des Schuldners und an einem besonderen Einrederecht fehlt 129

1. §§ 410 Abs. 1 S. 1, 785, 797 S. 1, 798 S. 1, 808 Abs. 2 BGB. 129
2. § 255 BGB. 131
3. §§ 236, 1144, 1217 Abs. 2 S. 1, 1218 Abs. 1, 1223 Abs. 2, 1267 S. 1, 1477 Abs. 2, 1502 Abs. 1 S. 1, 1502 Abs. 2 S. 2, 1515 Abs. 1 BGG. 131
4. Die praktische Bedeutung der Verschiedenheit zwischen diesen Tatbeständen und dem Tatbestande des § 273 . 132

c) Tatbestände, in denen zwar ein Einrederecht, nicht aber eine selbständige Gegenforderung des Schuldners begründet ist 132

Seite

1. Die §§ 258 S. 2, 321, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3 BGB. und § 838 ZPO. 132
2. § 1100 S. 1 BGB. 134
3. § 526 S. 1 BGB. 134
4. § 1160 Abs. 1 BGB. 134
5. Die genannten Einreden gleichen der Retentionseinrede durch die Wirksamkeit im Prozesse 134
6. Die praktische Bedeutung der Verschiedenheit zwischen diesen Tatbeständen und dem Tatbestande des § 273. . 135

B. Zweiter Abschnitt. Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB. . . 135

I. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) 136
a) Ihre Voraussetzungen und ihre juristische Natur . . . 136
b) Die Regelung der Beweislast 139
c) Die Wirkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages 140
d) Gründe für die Ausschließung und das Erlöschen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages 141
II. Die Beziehungen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages 143

Schluß: Was lehrt uns die Abhandlung bezüglich der Wirksamkeit der Einrede auf den gegenüberstehenden Anspruch? 147

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses. (1835.)
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Oestreich.
Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch (altes Handelsgesetzbuch).
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. (1890.)
Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, in der Fassung vom 20. Mai 1898.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 40. S. 158: Urteil des RG. V. Zivilsenat vom 12. Juni 1895.
Bekker, Zur Reform des Besitzrechts. In Iherings Jahrbuch Bd. 30. (1891.)
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1903).
Buccerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung nach römischem und nach gemeinem Recht, nach der deutschen ZPO. und nach dem BGB. für das Deutsche Reich.
Bürgerliches Gesetzbuch für Sachsen.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Burchard, Streitfragen des Arbeitsvertrages. In der Deutschen Juristenzeitung 5. Jahrg. S. 262—265.
Code civil.
Corpus iuris civilis, ed. Mommsen, Krüger, Schoell.
Civilprozeßordnung.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. A. (1903.)
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. A. (1903.)
Cramer, Bemerkungen über das Retentionsrecht. Im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 37 (1854).
Crome, System des bürgerlichen Rechts (1900.)
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. A. (1868.)
Dernburg, Pandekten. 6. A. (1900.)
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1. Bd. (1902); 2. Bd. 1. Abtlg. (1899), 2. Abtlg. (1901); 3. Bd. 2. A. (1901.)
Eccius in v. Holtzendorffs Rechtslexikon. 3. A. (1881). 3. Bd. 1. Hälfte. S. 460—461.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Bd. (1903.)
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. A. (1903.)
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 3. A. (1904) soweit erschienen; sonst 2. A. (1901).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entwurf eines Obligationenrechts vom 13. Juni 1868 (Dresdner Entwurf).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Faselius, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht (1793).
Fischer-Henle, Handausgabe des BGB. 6. A. (1904.)
Friedenthal, Einwendung und Einrede in der ZPO. und dem BGB. für das Deutsche Reich. (1898.)
Gaupp-Stein, Die ZPO. für das Deutsche Reich. 7. A. (1902.)
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht und das BGB. für das Deutsche Reich. (1897.)

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld. Bd. 15 (1813), Bd. 17 (1815).
Goldmann, Kommentar zum HGB. 1. Bd. 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 1. Bd. 2. Abtlg. (1868.)
Groskopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht. (1858.)
Handelsgesetzbuch.
Herder, Zum Retentionsrechte. Im Archiv für die zivil. Praxis. Bd. 49 (1868).
Heerwart, Ueber die exceptio non adimpleti contractus. Im Archiv für die zivil. Praxis Bd. 7 (1827).
Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900.)
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. (1900.)
Hölder, Ueber Ansprüche und Einreden. Im Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 93 (1902).
Hölder, Anspruch und Klagrecht. In Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. 29 (1901).
Jäger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. (1902.)
v. Keller, Noch etwas über die exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 4. Bd. (1860).
Kisch, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut Bd. 29 (1902) S. 531 ff.
Kohler, Die Aufrechnung nach dem BGB. In Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. 20 (1892).
Konkursordnung.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (1904.)
Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht. (1886.)
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. (1903.)
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen. (1876.)
Lenz in Weiskes Rechtslexikon 9. Bd. (1855) S. 377 ff.
Leonhard, Die Aufrechnung. (1896.)
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Iherings Jahrbuch Bd. 43 (1901).
Luden, Das Retentionsrecht. (1839.)
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1. Bd. 12. A. (1904.)
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. (1899.)
Pappenheim, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. In der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. S. 36 ff.
Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. (1895.)
Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO. 4. A. (1901.)
Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur KO. 4. A. (1900.)
v. Petraczycki, Die Lehre vom Einkommen. 2. Bd. (1895.)
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1: Einleitung und allgemeiner Teil. 3. A. (1903), Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse (1900), Bd. 3: Sachenrecht (1902), Bd. 4: Familienrecht (1901), Bd. 5: Erbrecht (1902).
Preußisches Gesetz vom 12. Juni 1894, betr. die Rechte des Vermieters an den in die Mieträume eingebrachten Sachen. (Preußische Gesetzsammlung von 1894. Nr 20. S. 113).
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1879.
Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung. In Iherings Jahrbuch Bd. 41 (1900).
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. (1903.)
Rohs, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht. In der Juristischen Wochenschrift. 31. Jahrg.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. A. (1865.)
Schenk, Die Lehre von dem Retentionsrecht. (1837.)

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. (1904.)
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. (1900.)
Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. (1889.)
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. (1899.)
Seuffert, Kommentar zur ZPO. 8. A. (1903.)
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. (1899.)
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Bd. 2. A. (1861.)
Soergel, Rechtsprechung 1900—1901. (1902.)
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. (1897.)
Staub, Kommentar zum HGB. 6. u. 7 A. (1900.)
Staudinger, Kommentar zum BGB. (1901); soweit erschienen: Allgemeiner Teil des BGB. (1903.)
Strafgesetzbuch.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Bd. 3. A. (1903.)
Struckmann-Koch, ZPO. für das Deutsche Reich, Kommentar. 8. A. (1901.)
Suppes, Der Einredebegriff des BGB. in seiner praktischen Bedeutung. (1902.)
Thon, Die rechtsverfolgenden Einreden. Im Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 28 (1889).
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. (1878.)
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. A. (1900.)
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. A. (1894—96.)
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. (1900.)

Zitierweise:

Ist von einem Schriftsteller nur ein Werk benutzt, ist lediglich der Verfasser ohne Angabe des Titels des Werkes zitiert, z. B. „Hellwig S. 232".

Sind mehrere Werke eines Schriftstellers benutzt, ist kurz der Titel angegeben, z. B. „Dernburg, Kompensation S. 365". „RG." ohne Zusatz bedeutet: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Einleitung.

1. Wohl kaum ist ein Rechtsinstitut im gemeinen Recht Gegenstand so umfassender Kontroversen gewesen wie das Zurückbehaltungs- oder Retentionsrecht. Der Grund hierfür liegt vor allem in dem Mangel jeglicher gründlichen Durchbildung des Rechtsinstituts im römischen Recht.[1]) Dem alten Recht scheint es sogar völlig unbekannt gewesen zu sein.[2])

Ebenso wie die Kompensation hat es sich erst bei den bonae fidei judicia infolge des freien Ermessens des Richters entwickelt. Zuerst erwähnt wird es von Servius Sulpicius in der l. 2. pr. D. de lege Rhodia de jactu 14, 2.[3]) Daß bei dieser verhältnismäßig späten[4]) Entwicklung des Rechtsinstituts im römischen Recht auch seine Behandlung in den römischen Quellen recht dürftig ausgefallen ist, kann nicht wundernehmen. Das eigentliche Wesen des Retentionsrechts ist den Römern offenbar nicht zum Bewußtsein gekommen; es fehlte ihnen das volle Verständnis für die juristische Natur des Rechtsinstituts. Es erhellt dies aus dem Fehlen jeder zusammenhängenden Darstellung des Retentionsrechts in der Kodifikation Justinians; nur in einer Reihe zerstreuter Stellen wird seiner in Wendungen wie retinere, retentionem habere, retentione uti Erwähnung getan; oder es wird mittelst der exceptio doli eingeführt. Es wird gewährt dem negotiorum gestor in l. pr. D. 20, 6; den legatar in l. 5. pr. D. 44, 4; bei der rei vindicatio wegen Verwendungen in l. 14 D. 44, 4; dem Kommodator in l. 59 D. 47, 2.[5])

---

[1]) Ueber Fälle eines Zurückbehaltungsrechts im germanischen Recht vgl. Schlegelberger § 2 S. 12 ff. Das germanische Zurückbehaltungsrecht ist von dem römisch-rechtlichen grundverschieden. Es findet nicht wie dieses seine Wurzel im Obligationenrecht; es ist vielmehr ein Gebilde des Sachenrechts. „Es ist ein eigenartiges dingliches Recht setzt einen infolge Kündbarkeit beachtlichen Anspruch des Inhabers der gegenwärtigen Gewere voraus und erlischt mit dessen Erfüllung" (Schlegelberger S. 48).

[2]) vgl. Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 378 und Dernburg, Kompensation S. 365.

[3]) Dernburg, Kompensation S. 365.

[4]) Erst in der Kaiserzeit finden wir eine Rentention bei dinglichen Klagen und in stricti juris indiciis: Dernburg, Kompensation S. 366. Näheres über die geschichtliche Entwicklung des Retentionsrecht im römischen Recht s. bei Perniz, Labeo Bd. 2 S. 252 ff.

[5]) Eine ausführliche Aufzählung der Quellenstellen bei Langfeld S. 3 ff.

Bei der Beurteilung aller angeblichen Retentionsrechtsfälle der Quellen ist jedoch größte Zurückhaltung und Vorsicht am Platze, denn nur zu häufig werden oben genannte Ausdrücke in Fällen angewendet, in denen von einem Retentionsrecht im technischen Sinn nicht gesprochen werden kann.[1])

Bei diesem Mangel einer zusammenfassenden Behandlung ist es auch nicht zu verwundern, daß die Römer für unser Retentionsrecht keinen terminus technicus geschaffen haben; von einem „ius retentionis" ist erst die Rede in der mit Molignatus, tractatus de retentione beginnenden Reihe von Abhandlungen[2]) de iure retentionis. Am häufigsten bedienen sich die Quellen zur Einführung des Retentionsrechts des so umfassenden Begriffs der exceptio doli. Gerade dieser Umstand hat nicht unwesentlich dazu beigetragen, die Erkenntnis des Wesens des Retentionsrechts zu verdunkeln; werden doch gerade unter dieser exceptio die verschiedensten Rechtsverhältnisse zusammengefaßt.[3])

Daß bei einem solchen Stande der Quellen namentlich die älteren Schriften eine Fülle von Unklarheiten aufweisen, ist erklärlich. Möglichst viele und die verschiedenartigsten Fälle werden unter den Begriff des ius retentionis gestellt; ein Verfahren, das notwendigerweise zum größten Widersinn und zu Lächerlichkeiten führen muß. Ein klassisches Beispiel hierfür liefern Molignatus a. a. O. und Althusius, tractatus de iure retentionis; so zählt ersterer, um nur einiges aus der Zusammenstellung bei Schenck S. 12 und 13 anzuführen, zum Retentionsrecht die Frage, ob man ein gefährliches Tier, einen Bär oder Löwen auf öffentlicher Straße vor seinem Hause retinieren dürfe, ob der Gläubiger den fliehenden Schuldner aufhalten dürfe usw.

2. Der zähen Arbeit der Wissenschaft ist es jedoch gelungen, durch diesen schier undurchdringlichen Wirrwarr den Weg zu bahnen und an der Hand der Quellen ein für den Verkehr brauchbares Rechtsinstitut zu schaffen. Die Frucht der wissenschaftlichen Erkenntnis ist das Zurückbehaltungsrecht, wie es sich darstellt im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Streitfragen, die in der gemeinrechtlichen Doktrin so eifrig ventiliert wurden, haben zum großen Teil ihre Erledigung gefunden; es kann daher nicht der Zweck dieser Arbeit sein, zu ihrer Lösung einen Beitrag zu liefern.

Eine völlig befriedigende, alle Zweifel ausschließende Regelung unserer Lehre war jedoch begreiflicherweise unmöglich. So ist es denn erklärlich, daß eine Reihe der alten Streitfragen wiederkehrt. Daß sich außerdem zu den alten neue Zweifelspunkte gesellen, wird die Darstellung ergeben. Ihre Lösung irgendwie zu fördern, soll im folgenden versucht werden. Wesentlich unterstützen wird uns hierbei ein klares Erfassen der unser Rechtsinstitut beherrschenden Grundsätze. Dieses wird jedoch nur gewonnen

---

[1]) Eine umfassende Zusammenstellung der vermeintlichen Retentionsrechtsfälle der Quellen bei Schenck § 2.

[2]) Eine Zusammenstellung bei Schenck S. 17 ff.

[3]) Näheres über die Anwendung der exceptio doli s. bei Groskopff § 1.

werden können durch eine Darstellung des Zurückbehaltungsrechts in seiner Gesamtheit und vor allem des Entwicklungsganges, den es im gemeinen Recht genommen hat. Gerade eine Behandlung des gemeinrechtlichen Zurückbehaltungsrechts dürfte zum Verständnis der nach unserem heutigen Recht für unser Rechtsinstitut geltenden Grundsätze nicht unwesentlich beitragen. Aber auch nur insoweit, als die von der gemeinrechtlichen Doktrin aufgestellten Anschauungen geeignet sind, uns das Verständnis unseres heutigen Rechts zu erleichtern, uns den Weg zu weisen in der Behandlung strittiger Fragen, ist Raum für eine Betrachtung unseres Rechtsinstituts nach gemeinem Recht. In erster Linie wird naturgemäß unser heutiges Recht Gegenstand der Darstellung sein; die sich hier findenden Zweifelspunkte werden nach Möglichkeit eingehend behandelt werden.

Bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. sind Versuche gemacht, das Retentionsrecht in gesetzgeberischen Werken zu kodifizieren;[1]) so im ALR. für die preuß. Staaten I, 20 §§ 536—567, im sächs. BGB. §§ 767—769; im alten HGB. Art. 313 ff.; im Dresdner Entwurf Art. 267; im Schweizer Bundesgesetz Art. 224. Der code civil erwähnt das Retentionsrecht in einer Reihe von Einzelbestimmungen: Art. 867, 1673, 1749, 1885, 1948. Das HGB. neuer Fassung behandelt es in den §§ 369—372. Alle diese Kodifikationen müssen grundsätzlich von unserer Betrachtung ausgeschlossen bleiben; ich habe mich jedoch nicht abhalten lassen, wo es mir von Interesse zu sein schien, kurz auf die eine oder andere Bestimmung genannter Kodifikationen zu verweisen.

Neben der Darstellung des Zurückbehaltungsrechts habe ich mir zur Aufgabe gemacht, das Verhältnis desselben zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu behandeln. Die Beziehungen unseres Rechtsinstituts zu jener Einrede waren im gemeinen Recht Gegenstand des Streites; und auch die unser heutiges Recht behandelnden Schriftsteller sind sich in dieser Frage keineswegs einig.

Die Darstellung wird sich folgendermaßen gliedern. Sie zerfällt in zwei Hauptabschnitte. Die erste Hälfte nimmt die Behandlung des Retentionsrechts ein; es werden betrachtet werden: Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts, sein Zweck, seine im gemeinen Recht üblichen Einteilungen, im Anschluß hieran seine Abgrenzung gegenüber anderen verwandten Rechtsinstituten, seine Voraussetzungen, Wirkungen im Prozeß wie außerhalb desselben, die Gründe für seine Ausschließung, Beendigung, seine juristische Natur, endlich Tatbestände, die dem Begriff des Retentionsrechts nicht unterstellt werden dürfen. Der zweite Abschnitt enthält eine kurze Behandlung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und im Anschluß hieran eine Darlegung der Beziehungen zwischen dem Retentionsrecht und der Einrede des nichterfüllten Vertrages.

---

[1]) Das allgemeine BGB. für das Kaisertum Oesterreich schließt merkwürdigerweise ein Retentionsrecht völlig aus; in § 471 heißt es: „Weder der Pfandnehmer, noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschen des ihm eingeräumten Rechts befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten."

A. Erster Abschnitt.

Das Zurückbehaltungsrecht nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Der Begriff des Zurückbehaltungsrechts.

Bei der großen Mannigfaltigkeit der gemeinrechtlichen Anschauungen über das Wesen des Retentionsrechts ist es nur erklärlich, daß gerade in der Begriffsbestimmung des Rechtsinstituts eine Einigung nicht erzielt werden konnte. Eine eingehende Darlegung der Definitionen der verschiedenen Schriftsteller des gemeinen Rechts soll nicht geliefert werden; nur so viel sei gesagt, daß die ältere Doktrin der Retentionsbefugnis ein relativ enges Anwendungsgebiet — sie kannte, wie wir unten noch näher sehen werden, nur die Retention einer Sache — zuerkannte und das Retentionsrecht dementsprechend definierte als „dasjenige Recht, vermöge dessen man eine dem andern schuldige Sache, die man aus einer rechtmäßigen Ursache besitzt, einer habenden Forderung wegen so lange eigenmächtig in seinem Besitz behalten darf, bis man wegen dieser Forderung befriedigt worden ist",[1]) und daß erst die jüngere[2]) Lehre im Retentionsrecht die Befugnis erblickte, wegen einer fälligen Gegenforderung irgend eine beliebige Leistung zu retinieren. Diese letztere dem Verkehr dienlichste Auffassung hat mit Recht das BGB. adoptiert. Gemäß § 273 BGB. stellt sich das Zurückbehaltungsrecht dar als „das Recht des Schuldners, die geschuldete Leistung bis zur Befriedigung einer ihm gegenüber dem Gläubiger zustehenden konnexen fälligen Gegenforderung zu verweigern". Diese Begriffsbestimmung bedarf einer kurzen Analysierung. Aus dem Begriff ergibt sich:

a) Für die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts:

1. Es müssen sich zwei fällige selbständige, rechtlich begründete Ansprüche gegenüberstehen: einer auf seiten des Gläubigers, Retenten oder Retentionsgegners auf Bewirkung einer beliebigen Leistung, gerichtet gegen den Schuldner, Retinenten oder Retentionsberechtigten; der andere auf seiten des Schuldners, gerichtet gegen den Gläubiger.

2. Zwischen beiden Ansprüchen muß eine gewisse Beziehung bestehen, sie müssen sich, wie es in § 273 Abs. 1 BGB. heißt, „aus demselben rechtlichen Verhältnis" ergeben.

b) Für die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts:

Der Schuldner ist lediglich berechtigt, die ihm auf Grund des Anspruchs des Gläubigers obliegende Leistung zu verweigern, bis die ihm auf Grund seines Anspruchs gegen den Gläubiger gebührende Leistung von diesem bewirkt wird.

---

[1]) So Glück Bd. 15 S. 115; ähnlich Faselius § 5 gemäß seiner Anschauung, das Retentionsrecht sei eine Wirkung des Besitzes; vgl. auch Luden § 3; Schenck S. 38; Sintenis, Zivilrecht Bd. 2 § 91.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 351; Dernburg, Kompensation S. 370; Goldschmidt, Handbuch d. Handelsr. Bd. 1 2. Abt. § 93; Langfeld S. 28.

II. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts.

Eine Darstellung der Zweckbestimmung des Zurückbehaltungsrechts zu Beginn der Arbeit rechtfertigt sich aus zwei Gründen. Sie wird uns einmal nicht zum geringen Teil über Wesen und Natur unseres Rechtsinstituts aufklären, uns dann aber auch im Laufe der Darstellung des häufigeren Veranlassung geben, aus ihr Folgerungen abzuleiten.

a) Die in der Literatur vertretenen Ansichten.

Im großen und ganzen ist man sich in der gemeinrechtlichen und modernen Literatur darin einig, daß das Retentionsrecht dazu dient, den forderungsberechtigten Gläubiger zur Befriedigung seiner Verpflichtungen gegenüber dem Schuldner zu zwingen und zugleich den Schuldner wegen seines Gegenanspruchs zu sichern. Im einzelnen finden sich jedoch bei den einzelnen Schriftstellern Abweichungen, indem der eine das Zurückbehaltungsrecht mehr als Zwangsmittel charakterisiert, während der andere besonders den Sicherungszweck hervorhebt.

So sieht Schenck § 73 im Retentionsrecht vor allem ein Mittel, den Gläubiger zur Befriedigung des Gegenanspruchs zu veranlassen; erst in zweiter Linie erweise es sich als ein Sicherungsmittel. Er sagt § 73 S. 270/71: „Der Hauptzweck beim Retentionsrecht soll die Wirkung sein, den Schuldner zur Befriedigung der Forderung des Gläubigers anzuregen, ihm ein Impelle zu geben, vorerst zu erfüllen, ehe er Erfüllung begehre. Die zweite Wirkung der Retention, welche sie dem Pfandrecht ähnlich macht, die Sicherung der Forderung . . . . ."

Umgekehrt betont Lenz S. 382 Note 20 mehr den Sicherungszweck des Retentionsrechts: „ Das Retentionsrecht ist lediglich ein Sicherungsmittel von Forderungen."

Langfeld S. 89 meint: Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts sei, „auf die Befriedigung des Gegenanspruchs hinzuwirken und diesen so zu sichern".

Einen von der gesamten Literatur abweichenden Standpunkt nimmt Groskopff ein. Er sagt S. 71: „Das Retentionsrecht soll nicht zur Sicherung für eine Forderung dienen, auch kein Zwangsmittel für Erfüllung derselben sein. Das Retentionsrecht soll dahin wirken, daß der Beklagte dasjenige behalte, was er in einer fremden Sache stecken hat und faktisch noch besitzt." Daraus schließt Groskopff weiter, daß das Retentionsrecht lediglich zum Schutz eines rein faktischen Verhältnisses diene. Groskopff hat jedoch mit seiner Theorie, die uns noch an anderer Stelle beschäftigen wird, keine Anhänger gefunden.

Nach Goldschmidt § 93 S. 964 dient das Retentionsrecht zur Sicherung des Gegenanspruchs und gewährt dem Berechtigten ein indirektes Zwangsmittel auf dessen Verwirklichung.

Wie Goldschmidt heben auch für unser heutiges Recht die meisten Schriftsteller die Sicherungs- und Zwangsfunktion des Zurückbehaltungs-

rechts hervor: So Staudinger ad § 273 I, 3: „Das Zurückbehaltungsrecht ist vorzugsweise Sicherungs- und Zwangsmittel"; ebenso Schollmeyer, Vorbemerkung zu § 273; vgl. auch die Lehrbücher von Crome 1. Bd. § 124; Dernburg Bd. 2 1. Abtlg. § 57 S. 122: „Das Retentionsrecht ist ein Hilfsrecht zur Sicherung des Gegenanspruchs des Schuldners, zugleich aber ein indirektes Zwangsmittel zu dessen Verwirklichung"; ähnlich Endemann Bd. 1 § 120 Ziff. 3 S. 713: „Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist, dem Schuldner eine Sicherung und ein Zwangsmittel zur Verfolgung eines konnexen Anspruchs zu bieten."

Denselben Standpunkt vertreten auch die Motive II S. 42: „Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel."

Ist sich die genannte Literatur einig in der Annahme einer doppelten Funktion des Zurückbehaltungsrechts, so beschränken sich, so viel ich sehe, vier Schriftsteller auf die Charakterisierung des Zurückbehaltungsrechts als eines bloßen Sicherungsmittels. So meint Cosack Bd. 2 S. 321 Ziff. 2. d: „Die ganze Einrede soll den Beklagten bloß vor der Gefahr schützen, daß während er selber leistet, der Kläger sich seiner Gegenleistung dauernd entzieht"; und Planck ad § 273 Ziff. 2: „Das allgemeine Zurückbehaltungsrecht hat nur den Zweck, dem Schuldner Sicherheit zu gewähren, daß er demnächst die ihm gebührende Leistung erhält"; und Rehbein Bd. 2 S. 96 Ziff. 82: „Die Verweigerung der Leistung soll den Schuldner nur wegen seiner Befriedigung sichern"; und Schlegelberger S. 103: „Nur als Recht der Abwehr hat das Zurückbehaltungsrecht seine Berechtigung."

b) Eigene Auffassung.

Wie man sieht, ist man sich in der Literatur allgemein einig in der Sicherungsfunktion des Zurückbehaltungsrechts. Unzweifelhaft ist diese Charakterisierung unseres Rechtsinstituts richtig, und auch ich kann ihr nur zustimmen. Allein sie trifft doch nur eine Seite des Zwecks des Zurückbehaltungsrechts; sie erschöpft ihn nicht. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist meines Erachtens viel umfassender. Er dient dem Schutz der dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger zustehenden Rechte. Dies bedarf einer kurzen Begründung.

Die gesamte Entwicklung unseres Rechtsinstituts im römischen Recht beweist deutlich, daß es seine Entstehung im wesentlichen Billigkeitserwägungen verdankt. Das gesunde Empfinden sträubte sich mit Recht gegen die offenbare Benachteiligung, die den Schuldner treffen werde, falls er verurteilt würde zur Leistung, ohne Rücksichtnahme auf seine eigene Forderung, die ihm im engsten Zusammenhang mit seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber zusteht. Es galt daher, einmal den Schuldner gegen schikanöse Angriffe des Gläubigers zu schützen und ihm fernerhin aber auch ein Mittel zum Schutze seiner Forderungen an die Hand zu geben. Die Rechtsgeschichte lehrt uns, wie stets das Streben der Gesetz-

geber dahin ging, im Interesse des Gläubigers Schutzmittel für seine Forderung zu schaffen; man denke nur an die gebräuchlichsten Rechtsschutzmittel, an das Pfand, den Arrest, die einstweilige Verfügung. Allein ihre Wirksamkeit ist immerhin an gewisse erschwerende Voraussetzungen geknüpft; vertragliche Einräumung ist erforderlich, oder es muß gar gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Es gilt, dem Gläubiger ein Sicherungsmittel zu bestellen, das wirkt, ohne daß es erst vertraglich oder gerichtlich begründet zu werden braucht. Diese Lücke füllt offenbar das Zurückbehaltungsrecht aus; es gibt dem Gläubiger für seine Forderung einen präsenten, wirksamen Schutz. Seine Wirkung äußert sich eben einfach darin, daß es dem Schuldner gestattet, seine Leistung zu verweigern, bis er wegen einer ihm gegenüber dem Gläubiger zustehenden Forderung befriedigt ist. Für diese Forderung des Schuldners erweist sich das Zurückbehaltungsrecht als ein überaus wirksames Schutzmitel.

Diese Funktion des Zurückbehaltungsrechts, dem Schutze von Rechten zu dienen, äußert sich nun nach zwei Richtungen hin.

1. Dadurch, daß es dem Schuldner gestattet, die Befriedigung der Ansprüche des Gläubigers zu verweigern bis zur Erfüllung seiner eigenen Forderungen gegenüber dem Gläubiger, bietet es dem Schuldner Gewähr für die Berücksichtigung seines Forderungsrechts. Durch die Zurückbehaltung vermag der Schuldner sich die Befriedigung seiner Ansprüche zu sichern. So erweist sich denn das Zurückbehaltungsrecht als ein wirksames Sicherungsmittel. Aber hiermit ist die den Schuldner begünstigende Wirkung des Zurückbehaltungsrechts noch nicht erschöpft. Es schützt dessen Rechte

2. dadurch, daß es ihm ermöglicht, durch die Zurückhaltung seiner Leistung einen Druck auf den Gläubiger auszuüben, der mit dessen Interesse an der Erfüllung seiner Forderung wächst. So ist es denn wohl berechtigt, das Zurückbehaltungsrecht als Zwangsmittel zu bezeichnen. Allerdings ist es nicht ein Zwangsmittel in dem Sinne, daß es dem Schuldner ermöglicht, exekutorisch gegen den Gläubiger vorzugehen; darum jedoch die Zwangsfunktion des Zurückbehaltungsrechts zu ignorieren gleich Cosack, Planck, Rehbein, Schlegelberger, dürfte nicht zu rechtfertigen sein. Wenn es auch keine exekutorische Einwirkung auf den Schuldner gestattet, so kann der Zwang, den es auf den Gläubiger auszuüben vermag, unter Umständen außerordentlich wirksam sein. Es stellt den Gläubiger vor die Alternative, entweder den Schuldner zu befriedigen und hiermit auch die Erfüllung seiner eigenen Forderung zu erwirken, oder auf die Befriedigung jener Verzicht zu leisten. Gerade diese besondere Wirkung des Zurückbehaltungsrechts ist so außerordentlich charakteristisch, daß sie einer besonderen Würdigung bedarf. Sie leugnen wollen, heißt das Wesen des Retentionsrechts verkennen. Zur Erreichung des Zwecks des Retentionsrechts, des Rechtsschutzes, trägt insbesondere die Zwangsfunktion nicht unwesentlich bei. Sie ist dem Zurückbehaltungsrecht wesentlich.

Fassen wir das Resultat der vorstehenden Erörterungen zusammen, so ergibt sich als Zweck des Zurückbehaltungsrechts der Rechtsschutz. Die

Verwirklichung dieses Zweckes wird dadurch erreicht, daß es einmal sichert und sodann zwingt.[1])

3. Beide Wirkungen werden natürlich bei den einzelnen Retentionsrechtsfällen, wie sie das Rechtsleben in bunter Mannigfaltigkeit bietet, nicht stets in gleicher Stärke hervortreten. Bald wird sich das Retentionsrecht mehr als Sicherungs-, bald mehr als Zwangsmittel erweisen; stets verfolgt es jedoch den einen Zweck, den Rechtsschutz. Dieser wesentlichsten Funktion des Zurückbehaltungsrechts waren sich auch bereits die Römer vollbewußt. So heißt es in den Quellen l. 5 D. 33, 4: „pignoris nomine retinere" und in l. 15, 2 D. 47, 2: „si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit."

4. In der Gewährung des Rechtsschutzes durch einfache Zurückbehaltung erschöpft sich jedoch auch der Zweck des Zurückbehaltungsrechts. Irgend welche sonstige Befugnisse gewährt es nicht; vor allem gestattet es nicht die Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande. So sprechen die römischen Quellen auch nur von einem retinere posse,[2]) und auch das HGB. weiß nichts von einem Verkaufsrecht; vgl. §§ 273, 274 BGB.

α) Ein etwaiges dem Retinenten zustehendes Verkaufsrecht läßt sich natürlich auch nicht ableiten aus § 777 ZPO., wonach, falls dem Gläubiger an einer beweglichen Sache des Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht zukommt, dieser der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen darf, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. Schreitet jetzt der Gläubiger zum Verkauf der res retenta, so tut er dies lediglich auf Grund seines Vollstreckungstitels, nicht kraft seines Retentionsrechts.

β) Auch durch zwei Stellen des BGB., die §§ 772 Abs. 2 und 1003, darf man sich nicht verleiten lassen, dem Retinenten als solchem ein Befriedigungsrecht zu vindizieren.

α 1) Nach § 772 Abs. 2 BGB. ist dem Bürgschaftsgläubiger die Verpflichtung auferlegt, vor seiner Belangung des Bürgen aus einer etwaigen res retenta des Hauptschuldners seine Befriedigung zu suchen. Er kann dies jedoch nur bewerkstelligen im Wege der Zwangsvollstreckung; er verkauft eben nicht in seiner Eigenschaft als Retinent, sondern als vollstreckungsberechtigter Gläubiger; ein Recht zum Privatverkauf wie der Pfandgläuber hat der Retinent nicht. Die Sachlage ist in § 772 Abs. 2 BGB. genau dieselbe wie in § 777 ZPO. In beiden Fällen handelt

---

[1]) Das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht sucht im Gegensatz hierzu den Rechtsschutz nur dadurch zu verwirklichen, daß es sichert. Seiner ganzen rechtlichen Natur nach, vor allem mit Rücksicht auf die von ihm gewährte Verkaufsbefugnis, ist es nur ein Sicherungsmittel. „Ein Druck soll nicht ausgeübt werden"; vgl. Staub ad § 369 HGB. Anm. 55; hieraus lassen sich Folgerungen ableiten bzgl. der Ausübbarkeit des Retentionsrechts; vgl. unten S. 103 ff.

[2]) vgl. die bei Langfeld S. 3 ff. angeführten Stellen.

es sich demnach nicht um ein Verkaufsrecht, das aus dem Wesen des Retentionsrechts resultiert. Daß in den beiden Bestimmungen der Gläubiger überhaupt auf die Befriedigung aus der res retenta verwiesen wird, dürfte seinen Grund haben in Billigkeitserwägungen; der Gläubiger soll sich, bevor er gegen den Schuldner bezw. Bürgen vorgeht, zunächst an diejenigen Vermögensstücke halten, die sich zu seiner Sicherung bereits in seinen Händen befinden.

β 1) Auch das dem Besitzer nach § 1003 BGB. zustehende Befriedigungsrecht ergibt sich keineswegs aus seinem Retentionsrecht (§ 1000 BGB.); es ist vielmehr eine besondere Befugnis, die ihm neben dem Retentionsrecht erteilt ist, deren Einräumung ebenfalls auf Gründe der Billigkeit zurückzuführen sein dürfte. Der Besitzer kann seinen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen gemäß § 1001 BGB. nur geltend machen, falls der Eigentümer die Sache wiedererlangt hat oder die Verwendungen genehmigt. Es ist nun sehr leicht möglich, daß der Eigentümer mit seiner Erklärung ungebührlich lange zögert, so daß dem Besitzer jede Möglichkeit genommen ist, die Befriedigung seiner Ansprüche zu erzwingen. Um ihn hiergegen zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, sich möglichst bald Ersatz für seine Aufwendungen zu verschaffen, ist ihm das Verkaufsrecht des § 1003 BGB. eingeräumt.

5. Ist das Zurückbehaltungsrecht ein Mittel des Rechtsschutzes, so wäre es m. E. seinem Wesen entsprechender gewesen, wenn es gemäß dem in der Kommission gestellten Antrage [1]) in den allgemeinen Teil verwiesen worden wäre. Zwischen dem 6. Abschnitt: „Selbstverteidigung, Selbsthilfe" und dem 7. Abschnitt: „Sicherheitsleistung" hätte es seinen Platz finden müssen. Wie an anderer Stelle auseinandergesetzt ist,[2]) sind die Gründe, die zur Abweisung des Antrages geführt haben, keineswegs stichhaltig.

III. Die gemeinrechtlichen Einteilungen des Zurückbehaltungsrechts; insbesondere sein Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten.

Die gemeinrechtliche Doktrin hat eine Reihe verschiedener Arten von Retentionsrechten aufgestellt. Der größte Teil dieser Einteilungen hat zwar seine Bedeutung verloren; einige von ihnen bedürfen jedoch der Hervorhebung; vor allem muß hierbei eingehend geprüft werden, ob sich ihre Aufstellung rechtfertigt. Wir werden so Gelegenheit haben, das Retentionsrecht gegenüber andern Rechtsinstituten, mit denen es nicht allzu selten konfundiert wird, abzugrenzen.

---

[1]) Prot. I S. 311.
[2]) S. 32, 33.

a) ius retentionis perpetuae — temporalis; das Verhältnis zwischen Retention und Kompensation.

Bei den älteren Schriftstellern[1]) fand sich die Einteilung in ius retentionis perpetuae, das man dann annahm, wenn der Schuldner auf Grund eines Kompensationsrechts zur Leistungsverweigerung berechtigt war, und in ius retentionis temporalis, worunter man den Fall verstand, daß jemand auf Grund eines echten Retentionsrechts retinierte. Ist eine solche Zusammenstellung beider Rechtsinstitute gestattet? Es müssen die Beziehungen beider Rechtsinstitute zueinander geprüft werden.

1. Zwischen Retention und Kompensation besteht insofern eine Aehnlichkeit, als beide Gegenseitigkeit der Forderungen verlangen; d. h. jeder der beiden Parteien muß Gläubigerin und Schuldnerin der andern sein. Ferner gleichen sie sich wenigstens nach gemeinem Recht in der juristischen Natur. Bei beiden Rechtsinstituten handelt es sich um Einreden. Hieraus ergibt sich für das gemeine Recht eine gewisse Uebereinstimmung bzgl. des Eintritts der Wirkungen von Retention und Kompensation.[2])

2. Diese Uebereinstimmungsmerkmale allein rechtfertigen jedoch noch nicht die Gleichstellung beider Rechtsinstitute. Wir werden sehen, daß sich für sie andere entscheidende Gründe nicht auffinden lassen, daß vielmehr Retention und Kompensation durchaus verschiedene Rechtsbegriffe sind.

α) Diejenigen, die eine Zusammengehörigkeit beider Rechtsinstitute behaupten, stützen sich vor allem darauf, daß bei beiden eine Zurückbehaltung stattfindet; so meint Lippmann,[3]) gerade dieses Retention wie Kompensation eigentümliche ius retinendi beweise, daß Retention und Aufrechnung aus einer Wurzel stammen, eben dem ius retinendi.

Eine scheinbare Bestätigung findet diese Ansicht in den römischen Quellen. So heißt es in der l. 4 D. de compens. 16, 2 „excompensatione reus retinere potest", und in der l. 20 eod. „jure compensationis retinere". Unzweifelhaft ist hier jedoch das Wort retinere nicht im technischen, sondern im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs angewendet. Denn wollte man alle Tatbestände, in denen eine „Retentio", eine „Zurückbehaltung" stattfindet, dem Begriffe des Retentionsrechts subsumieren, müßte man diesem eine Ausdehnung zuteil werden lassen, die ihm jeden praktischen und theoretischen Wert nähme. Mit demselben Recht könnte man dem Mieter, Entleiher, dem Eigentümer ein Retentionsrecht vindizieren. Der Widersinn dieser Resultate liegt auf der Hand. Das

---

[1]) s. die bei Schenck § 53 Note 1 Zitierten. In neuerer Zeit hat auch Lippmann eine Zusammengehörigkeit von Retention und Kompensation zu konstruieren versucht; vgl. Lippmann in Iherings Jahrbuch Bd. 43 S. 539 ff.

[2]) Näheres hierüber unten S. 17/18. Daneben besteht für unser heutiges Recht noch insofern zwischen beiden Rechtsinstituten eine gewisse Uebereinstimmung, als die condictio indebiti bei Zahlungen in Unkenntnis des Retentionsrechts nicht minder ausgeschlossen ist, wie bei Zahlungen in Unkenntnis des Kompensationsrechts. Allein die Gründe, die zum gleichen Resultate führen, sind, wie unten darzulegen, verschieden.

[3]) Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 541.

entscheidende Gewicht ist auf die Prüfung des Rechts zur Retention im einzelnen zu legen. Es wird dann ohne weiteres klar, wie das „Zurückbehalten" beim Retentionsrecht von dem bei der Kompensation durchaus verschieden ist.

Die Kompensation hat nach gemeinem Recht[1]) und BGB.[2]) zur Folge, daß die Wirksamkeit der Forderung des Gläubigers aufgehoben wird; infolgedessen ist der Schuldner zu dauernder Leistungsverweigerung befugt. Aus ganz anderen Gründen wird beim Retentionsrecht retiniert. Die Gegenforderung des Schuldners affiziert die Forderung des Gläubigers in keiner Weise; es ist dem Schuldner lediglich die Befugnis zuerteilt, vorläufig mit seiner Leistung zurückzuhalten, bis der Gläubiger seinerseits ihn befriedigt. Es findet stets nur eine vorübergehende Leistungsverweigerung statt.

Aus dieser Verschiedenheit des Rechts zur Leistungsverweigerung bei Retention und Kompensation ergibt sich das erste Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Rechtsinstituten, so daß also zu sagen ist:

Haben wir es bei der Rückhaltung infolge Kompensationsrechts mit einer den Anspruch des Gläubigers beseitigenden „Retentio" für immer zu tun, handelt es sich bei der Retention infolge Ausübung eines Retentionsrechts um eine jenen Anspruch nicht berührende Retentio auf vorübergehende Zeit.

β) Noch größere Verschiedenheiten zwischen beiden Rechtsinstituten zeigen sich bei Betrachtung ihrer Voraussetzungen und Wirkungen.

Die Kompensation setzt Gleichartigkeit der beiden geschuldeten Leistungen voraus. Daß irgend welche rechtliche oder tatsächliche Beziehungen zwischen beiden Forderungen bestehen, kommt nicht in Betracht.

Beim Retentionsrecht handelt es sich dagegen stets um innerlich zusammenhängende Ansprüche. Die juristische Wirkung des Kompensationsrechts, die soeben in anderem Zusammenhange bereits gestreift wurde, deren besonderen Hervorhebung es jedoch an dieser Stelle bedarf, ist Beseitigung der Forderung des Gläubigers in Höhe der zur Aufrechnung verwandten Forderung des Schuldners.

Die Vorschätzung der Retentionseinrede läßt dagegen die Forderung des Gläubigers unangetastet in ihrem Bestande und macht nur ihre Befriedigung abhängig von der Realisierung der Gegenforderung des Schuldners, welche Wirkung im Prozeß durch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zum Ausdruck gebracht wird.[3])

γ) Aus dieser verschiedenen Wirkung beider Rechtsinstitute ergiebt sich ein weiteres Unterscheidungsmerkmal. Das Gesetz hat in § 392 eine

---

[1]) vgl. Windscheid, Pand. II § 349 S. 429: „Die dem Forderungsrecht anhaftende Kompensationseinrede hat nicht bloß die Wirkung, das Eintreibungsrecht des Gläubigers auszuschließen, sondern sie hemmt das Forderungsrecht in seiner Wirksamkeit, sie hebt das Forderungsrecht nach der Seite seiner Wirksamkeit auf"; und Dernburg, Pand. II § 62 IV S. 175; Kompensativn S. 368: „Der Einwand der Kompensation affiziert die Forderung selbst."

[2]) § 389.

[3]) So wenigstens in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin (s. u. S. 74.) und nach BGB. § 274.

besondere Bestimmung getroffen bezgl. des Einflusses der Beschlagnahme der Forderung des Gläubigers auf das dem Schuldner zustehende Kompensationsrecht. Beim Retentionsrecht fehlt eine solche besondere Normierung. Diese abweichende Behandlung muß auffallen.

Der Grund für sie findet sich in der verschiedenen Wirksamkeit beider Rechtsinstitute, wie in der Natur der Beschlagnahme. Letztere, die mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner[1]) vollzogen ist (vgl. §§ 829, 845, 930, 935 ZPO.), enthält ein Veräußerungs- wie ein Erfüllungsverbot. Dem Gläubiger[2]) wird verboten, irgendwie über seinen Anspruch zu verfügen, insbesondere ihn einzuziehen, und der Schuldner wird angewiesen, nicht an den Gläubiger zu zahlen. Darf der Schuldner nicht erfüllen, muß ihm auch die Aufrechnung, die der Erfüllung gleichsteht, versagt sein. Um diese Konsequenz, die unleugbar Härten zeitigen kann, für gewisse Fälle abzuwenden, hat das Gesetz kraft positiver Bestimmung die Aufrechnung unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, daß der Schuldner bei der Beschlagnahme wohlberechtigt war, mit der Möglichkeit, sich durch Aufrechnung zu befriedigen, zu rechnen. Die Aufrechnung ist demnach gestattet, wenn die Gegenforderung bereits zur Zeit der Beschlagnahme der Forderung des Gläubigers als fällig gegenüberstand, oder wenn die Gegenforderung zwar erst nach der Beschlagnahme aber früher als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist. Ist demnach auf Grund dieser Bestimmungen eine Aufrechnung zwischen Gläubiger und Schuldner — im Sinne der ZPO.: Schuldner und Drittschuldner — erfolgt, muß sie der pfändende Gläubiger gegen sich gelten lassen.

Da sich die Wirkung des Retentionsrechts in einer vorübergehenden Hemmung des Anspruchs des Gläubigers erschöpft, keineswegs also dessen Erlöschen bewirkt, hat auch eine Beschlagnahme jenes Anspruchs auf das schuldnerische Retentionsrecht nicht den geringsten Einfluß. Es erübrigte sich daher, Bestimmungen über den Einfluß einer Beschlagnahme auf das Retentionsrecht zu treffen.

Ein dem Schuldner — im Sinne der ZPO. Drittschuldner — dem Gläubiger — Schuldner im Sinne der ZPO. — gegenüber zustehendes Retentionsrecht bleibt trotz der Pfändung erhalten; auch Retentionsrechte, die erst nach der Pfändung zur Entstehung gelangen, werden durch diese in keiner Weise beeinflußt, denn alle Einreden, auch die aus der Zeit nach der Pfändung, die für den Drittschuldner gegenüber dem Anspruch des Schuldners begründet sind, werden durch die Pfändung nicht berührt; vgl. Gaupp-Stein, Kommentar zur ZPO. ad § 829 VI, 3 S. 583.[3]) Allerdings wird der Drittschuldner keine Gelegenheit haben, sein Retentionsrecht prozessual geltend zu machen, denn die Einziehung ist dem Schuldner versagt.

---

[1]) „Drittschuldner" im Sinne der ZPO.
[2]) „Schuldner" im Sinne der ZPO.
[3]) Daß das Retentionsrecht eine Einrede ist, s. unten S. 121—127.

δ) Die Zwecke, die beide Rechtsinstitute verfolgen, sind ferner von Grund aus verschieden.

Der kompensierende Schuldner will die Forderung des Gläubigers tilgen und sich selbst wegen seines Anspruchs befriedigen. Die Kompensation erweist sich daher als ein Mittel, geeignet zur Tilgung der Forderungen des Gläubigers und zur Befriedigung der Gegenansprüche des Schuldners.

Wenn nun auch die Retentionseinrede in den meisten Fällen die Befriedigung der Gegenforderung des Retinenten zur Folge hat, so kann sie doch als ein Mittel zur Tilgung von Forderungen im Sinne der Kompensation nicht bezeichnet werden. Der die Retentionseinrede vorschützende Schuldner bewirkt keineswegs eine unmittelbare Erfüllung seiner Gegenforderung; er vermag lediglich eine Berücksichtigung seines Anspruchs durchzusetzen; er kann ihn sichern und den Gegner zu seiner Befriedigung nötigen. Das Zurückbehaltungsrecht ist eben ein Mittel zum Schutze von Forderungen; es sichert einen Anspruch und erzwingt seine Befriedigung.[1])

Diesen tief einschneidenden Gegensatz in der Natur beider Rechtsinstitute hat Lippmann zu verwischen gesucht. Er meint a. a. O. S. 539:

Obwohl die Motive in der oben dargelegten Weise die Unterscheidungsmerkmale des Retentionsrechts als eines Sicherungs- und Zwangsmittels und der Kompensation als eines Mittels zur Befriedigung klar zum Ausdruck bringen, erklären sie an anderer Stelle Bd. 2 S. 109, mit der Geltendmachung der Aufrechnung zwinge der Aufrechnende dem Gegner eine gesetzlich statthafte Befriedigung auf. Also sei, so schließt Lippmann weiter, die Kompensation gleich der Retention ein Zwangsmittel. Es mag Lippmann zugegeben werden, daß sich das Kompensationsrecht unter Umständen gleich der Retention als ein Zwangsmittel charakterisieren läßt. Demgegenüber ist jedoch einmal zu bedenken, daß die Zwangsfunktion beider Rechtsinstitute durchaus verschieden ist. Die Aufrechnung zwingt dem Gegner eine Befriedigung auf; die Retention nötigt ihn selbst, eine Leistung zu bewirken.

Entscheidend für die Unzulässigkeit der von Lippmann vertretenen Gleichstellung beider Rechtsinstitute ist fernerhin die Erwägung, daß mit der Charakterisierung des Kompensationsrechts als eines Zwangsmittels doch lediglich die Nebenwirkungen des Rechtsinstitutes hervorgehoben werden. Der aufnehmende Schuldner denkt keineswegs daran, irgendwie einen Zwang auf seinen Gegner auszuüben. Die Zwecke, die er verfolgt, sind: Beseitigung der Gegenforderung, unmittelbare Befriedigung seines Anspruchs. Im entschiedenen Gegensatz hierzu ist sich der die Retention ausübende Schuldner der wirksamen Zwangsfunktion des Zurückbehaltungsrechts voll bewußt; er will den Gegner zur Befriedigung der Gegenforderung nötigen;

[1]) vgl. auch die Mot. II S. 42: „Kaum der Bemerkung bedarf es ferner, daß es auf die Gleichartigkeit der Ansprüche nicht ankommt. Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel, nicht als Mittel zur Deckung oder Befriedigung."

diese zwingende Wirkung ergibt sich eben aus dem ganzen Wesen des Retentionsrechts.

Dieser einschneidende Unterschied in der Zweckbestimmung beider Rechtsinstitute ist auch von Windscheid, Pand. II § 351 scharf hervorgehoben worden.

Wenn Lippmann ihm den Vorwurf macht, er treffe mit seiner Definition nur Aeußerlichkeiten der Sache, so ist dem allerdings zuzustimmen. Gewiß, nur die rein äußerlichen, tatsächlichen Wirkungen beider Rechtsinstitute werden hervorgehoben, aber, und das ist doch das Wesentliche, die für Retention und Kompensation charakteristischen Wirkungen. Hiermit wird der Windscheid gemachte Vorwurf bereits einigermaßen entkräftet. Zur Erhebung des Einwandes wäre Lippmann ferner auch nur dann berechtigt, wenn es ihm gelungen wäre, eine Uebereinstimmung in der juristischen Struktur beider Rechtsinstitute zu konstatieren. Statt dessen klebt er jedoch völlig an Aeußerlichkeiten. Denn mit der Hervorhebung der zwingenden Wirkung der Kompensation ist doch keineswegs die juristische Seite der Wirkungen des Kompensationsrechts getroffen. Lippmann baut seine Theorie auf auf rein Aeußerlichem, Tatsächlichem. Dieses hat seine Bedenken. Die rein rechtlichen Wirkungen von Retention und Kompensation divergieren in so entscheidender Weise — Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, definitive Beseitigung beider Forderungen —, daß an eine Gleichstellung beider Rechtsinstitute nicht gedacht werden kann, und dies vermag auch nicht entkräftet zu werden durch den Hinweis auf die Worte der Mot. II S. 109: mit der Aufrechnung zwinge der Aufrechnende dem Gegner eine Befriedigung auf. Hierauf die Auffassung des Gesetzgebers von der Kompensation als einem Zwangsmittel aufzubauen, ist m. A. n. außerordentlich gesucht. Wäre es wirklich die Absicht des Gesetzgebers gewesen, Retention und Kompensation als zusammengehörige Rechtsinstitute zu betrachten, so hätte er seinen Standpunkt in ebenso klarer und unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht, wie er in den Mot. II S. 42 die gegenteilige und richtige Auffassung vertreten hat. Die in den Mot. II S. 109 in durchaus nicht präziser Form gegebene Charakterisierung der Kompensation beweist m. E. gar nichts.

Ein Exkurs: Lippmann führt noch weitere Argumente für eine angebliche Gleichsetzung beider Rechtsinstitute ins Feld. Diese zu widerlegen soll an dieser Stelle versucht werden.

Für seine Auffassung, meint Lippmann a. a. O. S. 540, spreche auch der Umstand, daß sich jede Retentionseinrede in ein Kompensationsrecht verwandeln könne, allerdings unter der Voraussetzung, daß beide Leistungen gleichartig würden.

Seine Schlußfolgerung dürfte jedoch in keiner Weise zwingend sein. Mit demselben Rechte könnte man eine Wesensübereinstimmung zwischen Retentions- und Pfandrecht daraus herleiten, daß sich jedes Retentionsrecht in ein Pfandrecht verwandeln kann, wenn dem Retinenten ein Verkaufsrecht eingeräumt wird und der Gegenstand der Retention außerdem einen Verkaufswert besitzt.

Seinen Standpunkt sucht Lippmann ferner zu stützen durch den Hinweis auf die analogen Bestimmungen von § 273 Abs. 2 und § 393 B.G.B. Er meint a. a. O. S. 541: „Eine Analogie zu § 394 [soll doch wohl heißen § 393!] enthält weiter § 273, 2 für das Zurückbehaltungsrecht, ein Beweis für innere Verwandtschaft der Retention mit der Aufrechnung."

Durch die fraglichen Bestimmungen wird die Retention eines durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten Gegenstandes ausgeschlossen und die Kompensation gegenüber einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Schuldners versagt.

Die Folgerung Lippmanns konnte nur dann gezogen werden, wenn sich beide Bestimmungen konsequenterweise aus der juristischen Natur beider Rechtsinstitute ergeben würden. Nur dann wäre der Beweis für die „innere Verwandtschaft" der Retention mit der Aufrechnung erbracht. Beide Bestimmungen tragen aber lediglich Billigkeitserwägungen Rechnung. Es liegt ihnen der durchaus gesunde Gedanke zugrunde, daß die Rechtslage dessen, der aus einer unerlaubten Handlung verpflichtet ist, verschlechtert werden muß; dasselbe Prinzip findet sich verwirklicht in § 848 BGB.

Die Vorteile der Kompensation und Retention sollen dem Schuldner mit Rücksicht auf seinen Dolus nicht zugute kommen; eine solche Regelung ist durchaus billig und gerecht.

ε) Mit dem Zwecke des Retentionsrechts, dem Rechtsschutz zu dienen, ist es durchaus vereinbar, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben ist, das Retentionsrecht des Schuldners durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Der aufrechnende Schuldner dagegen kann den mit der Aufrechnung verfolgten Zweck auch nur mittelst Aufrechnung erreichen; durch Sicherheitsleistung ist ihm nicht geholfen.

ζ) Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal lernen wir kennen bei der Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit der condictio indebiti im Falle der Begleichung der Schuld trotz Vorliegens des Retentionsrechts bezw. der Kompensation.

Wer kompensieren kann, es aber aus Irrtum unterläßt und seine Schuld bezahlt, kann nach gemeinem Recht, wenn er später die Zulässigkeit der Kompensation erfährt, das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern; vgl. l. 10 § 1 D. de compens. 16, 2; si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.

Dieser Grundsatz ergibt sich aus der eigenartigen Konstruktion der Kompensation im gemeinen Recht. Nach gemeinem Recht war nämlich die Forderung des Gläubigers von dem Augenblick des Gegenübertretens der kompensabeln Gegenforderung mit einer Einrede behaftet, die die Wirksamkeit des Forderungsrechts des Gläubigers aufhebt.[1])

Hieraus muß die durchaus richtige Folgerung gezogen werden, daß

---

[1]) Windscheid, Pand. II § 349 S. 429.

derjenige, der in Unkenntnis des Kompensationsrechts gezahlt hat, das Geleistete mit der condictio indebiti als unverschuldet zurückfordern kann.[1])

Infolge veränderter Konstruktion der Aufrechnung haben diese gemeinrechtlichen Grundsätze durch das BGB. eine Aenderung erfahren. Nach heutigem Recht kann der Schuldner die Leistung nicht deswegen verweigern, weil ihm infolge seiner Gegenforderung die Kompensationseinrede zusteht, die das Forderungsrecht in seiner Wirksamkeit aufhebt, sondern er ist berechtigt, durch seine Erklärung aufrechnen zu wollen, das Forderungsrecht mit rückwirkender Kraft zu vernichten (vgl. §§ 388, 389 BGB.) und ist dann deswegen nicht zur Leistung verpflichtet, weil eine Forderung auf diese überhaupt nicht mehr besteht.

Es ist also die Forderung des Gläubigers infolge der aufrechenbaren Gegenforderung des Schuldners nicht mit einer ihre Wirksamkeit dauernd aufhebenden Einrede behaftet; eine Einwirkung auf den Anspruch des Gläubigers wird vielmehr erst erzielt durch das einseitige Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. Wer also vor der Aufrechnungserklärung bezahlt, erfüllt seine vollkommen zu Recht bestehende Schuld; von einer condictio indebiti kann daher keine Rede sein.[2])

Divergieren das heutige und gemeine Recht in der Frage der Zulässigkeit der condictio indebiti beim Kompensationsrecht, so sind beide Rechte sich einig in der Versagung der condictio beim Retentionsrecht. Da die Retentionseinrede nach gemeinem Recht und BGB. lediglich dilatorischer Natur ist, also nicht die Wirkung hat, daß die Geltendmachung der Forderung des Gläubigers dauernd ausgeschlossen wird, kann der Schuldner, der in Unkenntnis der Zulässigkeit des Retentionsrechts gezahlt hat, das Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung keineswegs zurückfordern.

Die Frage: Ist condictio indebiti gestattet, nachdem trotz Zulässigkeit der Retention oder Kompensation geleistet ist? — wird also nach dem BGB. für beide Rechtsinstitute gleich beantwortet. Die Gründe, die zu dem gleichen Ergebnis führen, sind jedoch bei Retention und Kompensation verschieden.

Die Retentionseinrede wirkt lediglich dilatorisch, so daß von einer dauernden Leistungsverweigerung nicht gesprochen werden kann.

Die Aufrechnungsfähigkeit an sich wirkt auf den Bestand beider Forderungen überhaupt nicht ein; sie erlöschen erst durch den rechtsgeschäftlichen Akt der Aufrechnuug.

Nach gemeinem Recht ergeben sich bei Beantwortung der Frage für beide Rechtsinstitute Verschiedenheiten.

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. II § 65 Ziff. II, 2 S. 182; Windscheid, Pand. II § 349 S. 429.

[2]) So auch Mot. II S. 109; Planck ad § 389 Ziff. 3 u. Cosack, Lehrb. Bd. 1 § 111 II, 2c; a. A. Enneccerus, Bürgerl. Recht B. 1 § 215 Ziff. III, 2 S. 527; Kipp zu Windscheid § 349, 1h; Kohler bei Busch Bd. 20 S. 19; wie Verf. auch Suppes § 10 S. 41; Sieber S. 133.

Ist trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen der Kompensation gezahlt, ist die condictio indebiti zulässig; ist trotz der Retentionsbedingungen geleistet, findet die condictio nicht statt, aus den oben dargelegten Gründen.

η) In den obigen Erörterungen ist bereits auf die verschiedene juristische Natur von Retention und Kompensation hingewiesen worden. Die juristische Natur beider Rechtsinstitute deckt sich im gemeinen Recht; es handelt sich bei ihnen um Einreden.[1])

Das BGB. stimmt bzgl. der Retention mit dem gemeinen Recht überein; die juristische Konstruktion der Aufrechnung hat es jedoch geändert. Die Aufrechnung ist Rechtsgeschäft,[2]) was aufs klarste bewiesen wird durch § 388 S. 1 BGB.: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teil." Der Schuldner ist also nach BGB. nicht, wie nach gemeinem Recht, zur Leistungsverweigerung berechtigt, weil ihm kraft seiner kompensabeln Gegenforderung eine Einrede gegenüber der Forderung des Gläubigers zusteht, sondern deswegen, weil er durch das Rechtsgeschäft der Aufrechnung seine Schuld zum Erlöschen gebracht hat.

Lippmann hat diese allgemein vertretene Auffassung angegriffen; a. a. O. S. 546 sagt er: „Stammen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht aus einer Wurzel, dem ius retinendi, so ist es konstruktiv verfehlt, das Zurückbehaltungsrecht als Einrede, die Aufrechnung dagegen als rechtsgeschäftlichen Akt zu charakterisieren."

Wie bereits oben auseinandergesetzt, ist jedoch die Prämisse Lippmanns verfehlt. Kann das ius retinendi nicht als gemeinsame Wurzel des Retentionsrechts und der Kompensation hingestellt werden, so entfällt hiermit auch die weiterhin von Lippmann gezogene Folgerung.

ϑ) Aus dieser verschiedenen juristischen Natur beider Rechtsinstitute folgen für unser heutiges Recht gewisse Abweichungen im Eintritt der Wirkungen des Retentionsrechts und der Kompensation.

Nach gemeinem Recht besteht in dieser Beziehung zwischen beiden Rechtsinstituten eine interessante Analogie.

Sobald sich zwei Gegenforderungen kompensabel gegenüberstehen, ist nach gemeinem Recht die Kompensationseinrede begründet. Hiermit heben sich zwar beide Forderungen nicht ipso iure auf. Aber die compensatio „als eine von dem gegenüberstehenden Forderungsrecht ausgehende Kraft oder Tätigkeit gedacht"[3]) tritt ipso iure ein. Demgemäß äußert sie auch

---

[1]) vgl. bzgl. Kompensation Windscheid, Pand. II § 349; Suppes § 10 S. 41; „Die Aufrechnung war im gemeinen Recht immer eins der wichtigsten Beispiele für die Einrede im materiellen Sinne"; a. A. Leonhard § 1 S. 7, § 23 S. 82 ff.

[2]) So auch Kipp zu Windscheid, Pand. II S. 349; Dernburg, Bürgerliches Recht II, 1 § 125; Cosack Bd. 1 § 111 II, 1; Suppes S. 41; Siber § 9 S. 82; a. A. Buccerius, er charakterisiert die Aufrechnung des BGB. als Einrede, S. 77 und 142; die herrschende Meinung ist jedenfalls die von Verfasser vertretene.

[3]) Windscheid, Pand. II § 349 Note 10 S. 431.

ihre Wirkung, ohne daß es einer Handlung des Schuldners bedürfte, kraft Gesetzes, was sich vor allem, wie schon oben gesagt, darin zeigt, daß der Schuldner, falls er in Unkenntnis der ihm zustehenden Einrede geleistet hat, das Geleistete als unverschuldet geleistet zurückfordern kann.[1])

Aehnliche Grundsätze gelten für das Zurückbehaltungsrecht, und zwar nicht nur nach gemeinem Recht, sondern auch nach BGB.

Auch die Wirkungen des Retentionsrechts treten ein mit dem Moment der Verwirklichung seiner Voraussetzungen, ohne daß der Schuldner auf ihren Eintritt mittels Willenserklärung hinzuwirken braucht.

Wegen veränderter Konstruktion der Aufrechnung sind nach BGB. die Wirkungen der Kompensation abhängig von einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Schuldners.

ι) Ist die Kompensation nach heutigem Recht Rechtsgeschäft und begründet das Retentionsrecht eine Einrede, so ist auch die Aufrechnungserklärung ihrem rechtlichen Wesen nach von der Erklärung, von dem Retentionsrecht Gebrauch machen zu wollen, durchaus verschieden.

Die Aufrechnungserklärung ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung, mag sie im Prozeß, mag sie außerprozessual geltend gemacht werden.

Die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht ist Geltendmachung einer Einrede.

κ) Demgemäß bedarf es zur Abgabe und Entgegennahme einer Aufrechnungserklärung einer besonderen Prozeßvollmacht, nicht aber zur Geltendmachung des Retentionsrechtes.[2])

Hiermit dürften die wesentlichsten Unterscheidungsmerkmale zwischen Retention und Kompensation hergezählt sein.

3. *α*) Die Ausführungen lassen keinen Zweifel darüber, daß Retention und Kompensation ihrer juristischen Natur, ihrem ganzen Wesen nach durchaus verschieden sind.[3])

Alle Versuche, das Kompensationsrecht dem Retentionsrecht einzugliedern, müssen daher als verfehlt zurückgewiesen werden; unbrauchbar ist insbesondere die gemeinrechtliche Einteilung des Retentionsrechts in ius retentionis temporalis und perpetuae;[4]) der von Lippmann eingenommene Standpunkt ist nicht zu billigen.

β) Aus den Erörterungen sub III a ergibt sich weiter eine wichtige Konsequenz bezüglich der analogen Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsinstituts auf das andere. Diese ist grundsätzlich ausgeschlossen. Soll in einem Einzelfalle einmal Analogie stattfinden, muß sorgfältig erwogen werden, ob ihre Voraussetzungen vorhanden sind.

Wir werden Gelegenheit haben, die hier gewonnenen Resultate im Laufe der Darstellung zu verwerten.

---

[1]) vgl. hierzu Windscheid, Pand. II § 49.

[2]) Näheres unten S. 94.

[3]) Gegen die Zusammengehörigkeit von Retention und Kompensation auch Landsberg Bd. 1 § 93 Ziff. 3; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 Abt. 1 S. 126; Langheineken S. 331 und 130; Siber S. 131: „Die Aufrechnung hat mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts nichts gemein."

[4]) Derselben Ansicht ist auch Schenck S. 50ff.

b) ius retentionis qualificatum sive materiale — ius retentionis formale vel simplex. Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zum Pfandrecht.

Wesentlich kürzer werden wir uns fassen können bei der Prüfung der Berechtigung der gemeinrechtlichen Einteilung des Retentionsrechts in ius retentionis qualificatum sive materiale, das mit einem Pfandrecht verbundene Retentionsrecht, und in ius retentionis formale vel simplex, die sonstigen Fälle des Retentionsrechts.[1])

Es wird also die dem Pfandgläubiger gestattete Verweigerung der Rückgabe des Pfandes als eine Unterart des Retentionsrechts bezeichnet. Diese Subsumption kann nur dann Berechtigung haben, wenn sich das Pfandrecht wirklich als ein Retentionsrecht eigener Art bezeichnen läßt. Es bedarf daher der Feststellung des Verhältnisses zwischen Pfandrecht und Retentionsrecht.

1. Eine gewisse Aehnlichkeit besteht insofern zwischen ihnen, als

α) bei beiden Rechten eine Rückhaltung eines Gegenstandes stattfindet.

β) Beide Rechte können ferner nicht dauernd ausgeübt werden, sondern nur auf Zeit, und zwar bis zur Befriedigung der Forderung, die sie schützen sollen.

γ) Beide Rechte sind insofern akzessorisch, als sie nicht selbständig für sich bestehen, sondern eine Forderung, die gesichert werden soll, voraussetzen.

δ) Der Zweck beider Rechte ist im wesentlichen identisch: Sicherung einer Forderung. Die Art der Sicherung ist jedoch bei beiden Rechten wesentlich verschieden.

2. *α*) Die Sicherung, die das Pfandrecht gewährt, ist weitergehend als die des Retentionsrechts, denn das Pfandrecht berechtigt nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Verkaufe des Pfandobjekts; der Retinent ist dagegen nur zur Abwehr berechtigt; er hat lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht.

Zwischen beiden Rechten bestehen noch weitergehende Unterscheidungsmerkmale.

β) Das Pfandrecht ist nach gemeinem Recht und dem BGB. ein dingliches Recht; das Zurückbehaltungsrecht begründet als Einrede lediglich ein dem Retentionsgegner gegenüber wirkendes Recht der Zurückbehaltung.

Hieraus ergeben sich weitere Folgerungen:

α 1) Das Pfandrecht belastet den Pfandgegenstand; es beschränkt die Rechte des Eigentümers.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ohne Einfluß auf die dinglichen Rechte an der Sache.

β 1) Das Pfandrecht wirkt als dingliches Recht jedem Dritten gegenüber. Das Zurückbehaltungsrecht kann Dritten gegenüber nur ausnahmsweise geltend gemacht werden.

---

[1]) Genannte Einteilung wird gebilligt von Faselius § 12; Glück Bd. 15 S. 120 und den bei Schenck § 52 Note 1 Zitierten.

γ 1) Im Falle des Verlustes des Pfandobjekts kann der Pfandgläubiger auf Rückgabe klagen;[1]) dem Retinenten steht auf Grund seines Retentionsrechts kein Klagrecht zu.

δ 1) Das Recht zur Zurückbehaltung des Pfandgegenstandes ist lediglich ein Ausfluß viel weitergehender Rechte des Pfandinhabers, eben seines dinglichen Rechts am Pfandgegenstande; während das Recht zur Retention beim Zurückbehaltungsrecht sich ergibt aus den rein persönlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner.

γ) Verschieden ist fernerhin insbesondere die Wirksamkeit von Pfand- und Retentionsrecht im Konkurse. Der Pfandgläubiger hat ein Absonderungsrecht; der Retentionsberechtigte ist absonderungsberechtigt nur in einem einzelnen von der KO. näher bestimmten Falle.

δ) Das Pfandrecht beruht meist auf ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Eigentümers des Pfandobjekts.

Das Retentionsrecht wird meist gegen den Willen des beteiligten Gegners ausgeübt; die vertragliche Einräumung bildet die Ausnahme.

ε) Der Pfandgläubiger haftet als solcher für ein gewisses Maß von Diligenz; der kraft Gesetzes retinierende Schuldner ist in seiner Eigenschaft als Retinent keineswegs zur Beobachtung einer gewissen Sorgfalt verpflichtet.

3. Es dürfte hiermit wohl nachgewiesen sein, daß Pfand- und Retentionsrecht ihrem Wesen, ihrer ganzen juristischen Struktur nach voneinander durchaus verschieden sind.

Die von der älteren gemeinrechtlichen Lehre beliebte Zusammenstellung des Retentionsrechts mit dem Pfandrecht ist demgemäß zu verwerfen.

Bezüglich der Möglichkeit einer analogen Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsinstituts auf das andere gilt das oben[2]) bei Besprechung des Verhältnisses von Retention und Kompensation Gesagte.

c) Gesetzliches Zurückbehaltungsrecht, ius retentionis legale seu necessarium — vertragliches Zurückbehaltungsrecht, ius retentionis voluntarium.

1. Ein vertragliches Retentionsrecht wird in der gemeinrechtlichen Literatur nahezu übereinstimmend anerkannt; vgl. Cramer, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 37 S. 311 ff.; Langfeld S. 183—85; Schenck S. 151 ff. Auch Luden S. 151 ff. wendet sich nicht gegen das Institut als solches, sondern nur gegen seine Bezeichnung. Er meint: „Die Benennung freiwilliges Retentionsrecht setzt zunächst die Berufung auf den Vertrag oder das Testament voraus." Groskopff S. 71 § 11 dagegen verwirft von seiner Theorie aus ein vertragliches Retentionsrecht: „Soll das Retentionsrecht nicht zur Sicherung für eine Forderung dienen, auch kein Zwangsmittel für Erfüllung derselben sein, sondern lediglich dahin wirken,

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 Abt. 2 § 283 und § 1227 BGB.
[2]) S. 18, 3β.

daß der Beklagte dasjenige behalte, was er in einer fremden Sache stecken hat und faktisch noch besitzt, so ist ein auf bloßem Vertrag oder Testament beruhendes gänzlich äußerlich geschaffenes Retentionsrecht undenkbar."

Auch das Reichsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen für die Möglichkeit der vertraglichen Bestellung eines Retentionsrechts ausgesprochen: vgl. die Entscheidungen des RG. in Strafsachen Bd. 6 S. 421, Bd. 27 S. 224 ff.

Die römischen Quellen erkennen unmittelbar ein gewillkürtes Retentionsrecht nicht an. Zwar scheint die l. 30 D. de pign. act. 13, 7 auf ein vertragliches Retentionsrecht hinzuweisen, worüber sich jedoch streiten läßt; so sieht Groskopff S. 83 ff. in der Stelle die Bestellung eines Faustpfandes. Jedenfalls dürfte jedoch so viel aus den Quellen zu entnehmen sein, daß sie die vertragliche Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts nicht ausdrücklich ausschließen.

Von den Schriftstellern, die das BGB. zum Gegenstand ihrer Darstellung machen, erkennen die Möglichkeit der vertraglichen Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts an: Landsberg Bd. 1 § 93 Ziff. 5c; Rehbein Bd. 2 S. 98; Dernburg, BR. Bd. 2 1. Abtlg. S. 124 Ziff. 5; Schollmeyer, Vorbemerkungen ad § 273 BGB.

Das RG. billigt für unser heutiges Recht ein auf Parteiabrede beruhendes Retentionsrecht in den Entscheidungen für Strafsachen Bd. 35 S. 151 ff. und Bd. 27 S. 122 ff.

Eine Bestimmuug, durch die die vertragsmäßige Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts ausdrücklich für zulässig erklärt ist, findet sich nicht im BGB.

Die Möglichkeit der vertraglichen Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts kann meines Erachtens weder für das gemeine noch für unser heutiges Recht bezweifelt werden. Es fragt sich nur, wie weit die Parteien an die vom Gesetz für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht aufgestellten Normen gebunden sind. Es herrscht in dieser Beziehung noch mancherlei Unklarheit. Man ist nur zu geneigt, wieder in den Fehler der älteren Literatur zurückzufallen und die verschiedensten Tatbestände dem Begriffe des Zurückbehaltungsrechts zu subsumieren, wodurch diesem natürlich jeder praktische wie theoretische Wert genommen wird. Insbesondere hat das Reichsgericht in dieser Frage einen Standpunkt eingenommen, den ich nicht zu billigen vermag.

2. Es ist ohne weiteres klar, daß die Regelung des vertraglichen Zurückbehaltungsrechts stets bis zu einem gewissen Grade abweicht von der des gesetzlichen Retentionsrechts. Denn wären die Parteien unbedingt an die das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht beherrschenden Grundsätze gebunden, erübrigte sich überhaupt die besondere vertragliche Bewilligung des Retentionsrechts. Allein eine gänzliche Ignorierung der für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht geltenden Prinzipien kann nicht gebilligt werden.

Inwieweit die Bestimmungen des Gesetzes für die Parteien maßgebend sind, muß eingehend geprüft werden. Die Frage ist von praktischer Bedeutung. In § 772 Abs. 2 BGB., § 777 ZPO. und § 289 StrGB.

werden an die Tatsache der Begründung eines Zurückbehaltungsrechts gewisse Rechtsfolgen geknüpft; von einer Beschränkung auf das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht ist in den fraglichen Bestimmungen keine Rede; es wird stets gesprochen von einem „Zurückbehaltungsrecht" schlechthin. Der Richter kann daher vor die Frage gestellt werden, ob in einer gewissen Parteivereinbarung die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts im technischen Sinne erblickt werden kann.

α) Zunächst ist zu fragen: Inwieweit ist den Parteien eine Abweichung von den vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts gestattet?

Sicherlich kann von der Fälligkeit der Forderungen, von der Konnexität abgesehen werden. Stets müssen sich aber zwei selbständige Forderungen gegenüberstehen in der Weise, daß jede der Parteien sowohl Gläubigerin wie Schuldnerin ist. Dies darf nicht übersehen werden. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts dürfen nicht so weit geändert werden, daß von einem Retentionsrecht im technischen Sinne überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann. Es ist aber gerade dem Zurückbehaltungsrecht eigentümlich, daß es einem begründeten Forderungsrecht gegenüber eine Leistungsverweigerung gestattet, zugunsten eines anderen begründeten Forderungsrechts. Eine von diesen Grundsätzen abweichende Vereinbarung wird natürlich in ihrer Gültigkeit in keiner Weise beeinflußt; sie besteht vollkommen zu Recht, hat aber nur nicht zum Inhalte die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts. So wird häufig die Vereinbarung in der Weise formuliert sein, daß dem angeblichen Retinenten ein selbständiger Anspruch auf die Gegenleistung fehlt; er ist lediglich zur Rückhaltung berechtigt, weil der Anspruch des Gläubigers durch eine zu bewirkende Gegenleistung des Schuldners inhaltlich beschränkt ist; der Anspruch des Gläubigers ist gerichtet auf Leistung gegen Gegenleistung, nicht auf Leistung schlechthin. Es ist in diesem Falle die Sachlage dieselbe wie in den unten IX. c. S. 505—518 zu besprechenden angeblichen Retentionsrechtsfällen des BGB.

Es kommt nicht selten vor, daß dem Vermieter eines Grundstücks an den unpfändbaren Sachen des Mieters bis zur Bezahlung des Mietzinses ein sogenanntes „Zurückbehaltungsrecht" bestellt wird. Dem Vermieter wird hiedurch ein wirksamer Schutz für seine Mietforderungen gewährt, gewissermaßen als Ersatz für die ihm fehlende pfandrechtliche Sicherung. Diese Einräumung eines „Zurückbehaltungsrechts" kann nur in der Weise geschehen, daß dem Mieter die Verpflichtung auferlegt wird, die eingebrachten Sachen beim Auszuge aus der Mietwohnung nicht fortzuschaffen, und daß dem Vermieter ein Anspruch auf Belassung der eingebrachten unpfändbaren Sachen in der Mietwohnung bewilligt wird.[1])

[1]) Man kann zweifelhaft sein, ob eine solche Abrede überhaupt gültig ist. Man kann in Betracht ziehen: Die sozialpolitischen Erwägungen, die für die Schaffung der Bestimmungen der §§ 559 S. 3 BGB. und 811 ZPO. maßgebend waren, würden durch die fraglichen Vereinbarungen nicht gebührend berücksichtigt. Dem Schuldner würde eine Sache vorenthalten, deren Entziehung das Gesetz mißbilligt, um nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit des Schuldners zu gefährden. Allein

Ein echtes Zurückbehaltungsrecht liegt in diesem Falle nicht vor. Es findet allerdings eine Nichtherausgabe, eine „Zurückbehaltung" eines Gegenstandes statt; auch fehlt es nicht an einer Forderung, deretwegen jene „Zurückbehaltung" ausgeübt wird; der Anspruch auf Bezahlung des Mietzinses soll gesichert werden; allein alles dies reicht nicht aus, um die Annahme eines Retentionsrechts im vorliegenden Falle zu rechtfertigen. Nicht existiert nämlich die weitere wesentliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts, der Anspruch auf seiten des Retentionsgegners. Eine

---

man muß bedenken, daß nach den klaren Bestimmungen des Gesetzes lediglich ein Ausschluß des gesetzlichen Pfandrechts des Vermieters an unpfändbaren Sachen des Mieters vorgesehen ist. Sollte nach Analogie des § 1 des preuß. Gesetzes betreffend die Rechte des Vermieters an den in die Mieträume eingebrachten Sachen vom 12. Juni 1894 (vgl. Preuß. Gesetzsammlung von 1894 Nr. 20 S. 113) überhaupt die vertragsmäßige Bestellung aller nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts an sich zulässigen Rechte an den in die Mietwohnung eingebrachten Sachen zugunsten des Vermieters, soweit sie der Pfändung nicht unterworfenen Sachen mit umfassen, für unwirksam erklärt werden, mußte dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden. Die Unzulässigkeit eines solchen „Zurückbehaltungsrechts" aus den sozialpolitischen Erwägungen zu folgern, die zur Normierung des § 559 S. 3 BGB. führten, geht nicht an. Man soll, wie noch unten S. 113 in anderem Zusammenhange besonders betont werden muß, in der im sozialen Interesse vorgesehenen Beschränkung der Rechte nicht über den vom Gesetze festgesetzten Rahmen hinausgehen. Das BGB. wird grundsätzlich beherrscht von dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Es steht in jedermanns Belieben, seine Sachen zu veräußern, an ihnen Pfandrechte zu bestellen. Auch für den Vermieter kann kein Hindernis bestehen, sich ein Zurückbehaltungsrecht an den unpfändbaren Sachen des Mieters einräumen zu lassen. Eine analoge Ausdehnung des Verbots des § 559 S. 3 BGB. auf die in Rede stehende Vereinbarung dürfte um so weniger gerechtfertigt erscheinen, als das Recht des Vermieters zur Zurückbehaltung dem Pfandrechte in seiner Wirksamkeit bedeutend nachsteht. Das Recht des Vermieters erschöpft sich in einem Anspruche gegen den Mieter auf Nichtfortschaffung der eingebrachten unpfändbaren Sachen; hiedurch werden die Rechte des Mieters an den Sachen in keiner Weise berührt; das Pfandrecht dagegen beschränkt als dingliches Recht den Mieter in seinen Rechten an den eingebrachten Sachen. Ferner darf nicht vergessen werden, daß das Pfandrecht zum Verkaufe berechtigt, nicht aber das Recht des Vermieters zur „Zurückbehaltung" der eingebrachten Sachen; die Gefahr einer Entziehung der Substanz jener Objekte seitens des zurückhaltenden Vermieters besteht für den Mieter keineswegs. Mit Recht hat auch das Reichsgericht die Gültigkeit einer Vereinbarung des fraglichen Inhalts anerkannt; vgl. RG. Entscheidungen in Strafsachen Bd. 35 S. 151 ff.; Bd. 37 S. 125 ff. Es soll aber nicht geleugnet werden, daß die Möglichkeit der Einräumung eines „Zurückbehaltungsrechts" zugunsten des Vermieters trotz der im Vergleich zum Pfandrecht schwachen Wirkung jenes „Rechts zur Zurückbehaltung" unter Umständen zu Unzuträglichkeiten führen kann. Es wäre sehr wohl denkbar, daß jene Verpflichtung des Mieters zur Bewilligung eines „Zurückbehaltungsrechts" zugunsten des Vermieters an den der Pfändung entzogenen Sachen zu einer ständigen Rubrik der Mietkontraktsformulare würde. Der Mieter wäre in diesem Falle genötigt, sich der von ihm mißbilligten Vereinbarung zu unterwerfen, da er anderenfalls nicht in den Genuß der Mietwohnung treten würde. Ein nicht zu billigender Druck würde so auf den Mieter ausgeübt werden. Daß ferner durch die Zurücklassung der zur Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Mieters notwendigsten Gegenstände eine schwere Schädigung des wirtschaftlich Schwachen zugunsten des wirtschaftlich Starken eintreten kann, liegt auf der Hand. Sache der Gesetzgebung müßte es sein, diese der Allgemeinheit nachteiligen Wirkungen des Prinzips der Vertragsfreiheit abzuwenden.

Verpflichtung des Vermieters zur Rückgabe der eingebrachten Sachen und ein Anspruch auf seiten des Mieters zur Auslieferung der Gegenstände besteht keineswegs.

Der Vermieter hält nicht zurück trotz eines zu Recht bestehenden Anspruchs, kraft dessen er eigentlich zur Leistung verpflichtet wäre; er „retiniert" vielmehr, weil es infolge des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages an einem Forderungsrecht auf seiten des Mieters überhaupt fehlt, weil ihm gegenüber den Mieter ein Anspruch auf Nichtwegschaffung der fraglichen Gegenstände zusteht.

Das Reichsgericht subsumiert jenen Fall dem Zurückbehaltungsrecht: vgl. Entscheidungen in Strafsachen Bd. 35 S. 151 ff. und Bd. 37 S. 121 ff.

In RGE. Bd. 37 S. 121 heißt es: „Wenn ausgeführt wird, daß es in einem Falle der hier unterstellten Art für die Annahme der Zulässigkeit eines rechtswirksam durch Vertrag begründeten Zurückbehaltungsrechtes an dem ersten und notwendigsten Erfordernisse eines jeden Zurückbehaltungsrechts fehle, nämlich an dem Vorhandensein eines Verpflichteten, der vermöge des ihm zustehenden Zurückbehaltungsrechts eine ihm obliegende Leistung so lange zu verweigern berechtigt sei, bis er selbst mit seiner Forderung auf eine konnexe Gegenleistung dem andern Teile gegenüber seine Befriedigung gefunden habe, so kann zunächst unbedenklich zugegeben werden, daß die Voraussetzungen des § 273 BGB. nicht zutreffen, wenn es sich um die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts zugunsten der Mietzinsforderungen des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters handelt. Dagegen läßt sich nicht anerkennen, daß ein Zurückbehaltungsrecht ohne alle Ausnahme und ohne Unterschied, ob seine Entstehung direkt auf das Gesetz oder auf einen Vertrag zurückzuführen ist, zu seiner rechtlichen Wirksamkeit das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 273 BGB. unbedingt erfordert."

Diesen Ausführungen kann ich nur mit Einschränkungen zustimmen. Es ist, wie schon oben dargelegt, sicherlich richtig, daß die Parteien nicht sklavisch an die vom Gesetz für das Zurückbehaltungsrecht aufgestellten Voraussetzungen gebunden sind, allein sich gänzlich über sie hinwegsetzen können sie nicht. Wird das Charakteristikum des Retentionsrechts, das Gegenüberstehen zweier selbständiger Ansprüche, außer acht gelassen, so ist eben das eingeräumte Recht kein Retentionsrecht. Es gilt das bereits oben Gesagte: Wollte man dieses Recht dem Begriffe des Zurückbehaltungsrechts subsumieren, müßte dieser in nicht zu billigender Weise verallgemeinert werden; er würde gänzlich wertlos.

β) Fehlt es in dem oben genannten Beispiele an einer Forderung auf seiten des Mieters, so kann auch keine Rede sein von einem Einrederecht auf seiten des Vermieters. Die Einredenatur ist aber dem Retentionsrecht eigentümlich. Auch das Nichtleisten des vertragsmäßig Retentionsberechtigten muß stattfinden kraft eines ihm gegenüber einem begründeten Anspruche besonders eingeräumten Einrede-Leistungsverweigerungsrechts.

Eine Aenderung der juristischen Natur des Retentionsrechts ist nicht statthaft, denn einem Nichtleisten mangels eines begründeten Anspruchs

auf seiten des Fordernden fehlt jede Besonderheit. Auch dies wird in den fraglichen Reichsgerichtsentscheidungen nicht gebührend beachtet. Die Parteien sind natürlich in keiner Weise gehindert, ein sogen. „Zurückbehaltungsrecht" ohne Einredecharakter zu begründen.

Die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung wird nicht in Frage gestellt. Nur insofern sind die Parteien in ihrer Vertragsfreiheit beschränkt, als ihnen jedenfalls die Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts mit dinglicher Wirkung versagt ist.[1])

Das gemeine Recht und das BGB. kennen nur eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte; ein dingliches Retentionsrecht ist beiden Rechten unbekannt; es kann daher auch nicht durch Vertrag ein dingliches Zurückbehaltungsrecht begründet wreden.

γ) Ist eine Aenderung der prozessualen Wirkung des Zurückbehaltungsrechts, der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug möglich? Wir müssen hier unterscheiden zwischen dem Zurückbehaltungsrecht im Sinne des Gesetzes und dem Zurückbehaltungsrecht im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs.

Handelt es sich um ein echtes Zurückbehaltungsrecht, um ein Zurückbehaltungsrecht im technischen Sinne, ist jedenfalls nach gemeinem Recht eine abweichende Regelung der prozessualen Wirkung möglich, denn jene beschränkte Verurteilung ist, wie wir sehen werden,[2]) im gemeinen Recht keineswegs als unbedingte Folge des Vorschützens der Retentionseinrede anerkannt.

Für unser heutiges Recht kommt es auf den Inhalt des Vertrages an.

Haben die Parteien gemäß dem Gesetz vereinbart, daß jeder berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, bis die ihm geschuldete Leistung bewirkt wird, haben sie also einen Austausch von Leistung gegen Gegenleistung ausgemacht, so wird die weitere Abrede, daß die Vorschützung der Retentionseinrede zur vorläufigen Abweisung des Klägers führen solle, ungültig sein. Gewisse Erwägungen rechtfertigen die Annahme, daß das Gesetz die Bestimmung des § 274 als zwingend behandelt wissen will.[3])

Haben sich nun aber die Parteien dahin verabredet, daß dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, bis der Gläubiger den Gegenanspruch des Schuldners befriedigt hat, so ist natürlich jetzt der Richter in keiner Weise gehindert, eine vorläufige Abweisung der Klage auszusprechen, denn der Gläubiger ist zur Vorleistung verpflichtet.

Ist lediglich ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs zwischen beiden Parteien vereinbart, wird sich die pro-

---

[1]) So auch das Reichsgericht für das BGB.: vgl. RGE. in Zivilsachen Bd. 51 S. 87. Für das preuß. Recht wird dagegen ein Zurückbehaltungsrecht mit dinglicher Wirkung an Hypothekenbriefen anerkannt: vgl. RGE. in Zivilsachen Bd. 16 S. 169 ff.: es handelt sich hier um ein „durch Besitzeinräumung dinglich gewordenes Vorenthaltungsrecht".

[2]) S. 74.

[3]) S. 93 f.

zessuale Wirkung bestimmen nach dem im Vertrage zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien. Soll hiernach eine Verpflichtung des „Retinenten" zur Bewirkung einer gewissen Leistung erst entstehen, wenn der „Retentionsgegner" eine Gegenleistung bewirkt hat, muß es vor der Erfüllung der Verpflichtung des Gegners zur Abweisung der Klage kommen. Sind die Parteien übereingekommen, daß der Retinent zur Bewirkung einer Leistung erst in dem Augenblick verpflichtet sein soll, in dem der „Gläubiger" seine Schuld erfülle, so wird, wenn der „Gläubiger" unter Anbietung der Gegenleistung klagt, der „Retinent" beschränkt, zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden müssen.

δ) Die sonstigen Wirkungen des vertraglichen Zurückbehaltungsrechtes, seine Ausschließungs-, Beendigungsgründe bestimmen sich in erster Linie nach dem Willen der Parteien; insbesondere wird unter Umständen der Einfluß der Zession des Gläubigeranspruchs auf das vertragliche Zurückbehaltungsrecht ein anderer sein wie auf das kraft Gesetzes zustehende Retentionsrecht.[1]) Ferner werden sich vielfach Verschiedenheiten bezüglich der Haftung des Retinenten ergeben. Ob dem Gläubiger die Befugnis zur Sicherheitsleistung zusteht, kann auch nur nach sorgfältiger Erwägung des Willens der Parteien entschieden werden. Ist in allen diesen Beziehungen ein bestimmter Wille der Kontrahenten nicht anzunehmen, greifen subsidiär die für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht geltenden Grundsätze ein.

IV. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

a) Der Anspruch auf seiten des Gläubigers.

Gemäß der oben gegebenen Begriffsbestimmung setzt das Zurückbehaltungsrecht zunächst voraus einen Anspruch auf seiten des Gläubigers. Es ist dies im gemeinen Recht niemals bestritten gewesen. Daß auch das BGB. an diesem Erfordernisse festhält, geht allerdings aus seiner Fassung nur mittelbar hervor. So heißt es in § 273 Abs. 1: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht," und in § 273 Abs. 2: „Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist", und endlich in § 274: Die Geltendmachung des des Zurückbehaltungsrechts im Prozesse hat die Wirkung, „daß der Schuldner gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist." Gerade diese spezifische Wirkung des Zurückbehaltungsrechts des BGB. wäre undenkbar bei Nichtbestehen eines klägerischen Anspruchs. Die Beschaffenheit dieses Anspruchs muß näher betrachtet werden.

1. Unzweifelhaft muß der Anspruch sowohl nach gemeinem[2]) Recht wie nach BGB. vor allem fällig sein.

Was ist unter Fälligkeit des Anspruchs zu verstehen? „Fällig ist die Forderung von der Zeit an, mit welcher die Leistung beansprucht werden

[1]) S. 81.
[2]) vgl. Langfeld S. 110.

kann." Diese von Dernburg, Pand. Bd. 2 § 34 Ziff. 1 S. 96 für das gemeine Recht[1]) gegebene Begriffsbestimmung muß auch für unser heutiges Recht gelten.[2])

Regelmäßig tritt dieser Zeitpunkt der Fälligkeit ein mit der Entstehung des Schuldverhältnisses. Er kann aber auch nach der Natur der geschuldeten Leistung, oder gemäß ausdrücklicher Willenserklärung der Beteiligten,[3]) oder auch durch besondere gesetzliche Vorschriften hinausgeschoben sein; vgl. in letzterer Beziehung die §§ 551, 581 Abs. 1, 584, 604, 608, 614, 641, 699, 710, 721, 760, 2176—2179, 2186 BGB. Wir werden noch eine Reihe anderer Vorschriften des BGB. kennen lernen, in denen aus der Art der Normierung des in ihnen behandelten Anspruchs auf dessen Nichtfälligkeit vor Eintritt irgend eines Umstandes geschlossen werden kann.[4])

Ein suspensiv bedingter Anspruch kann nicht fällig genannt werden, denn sein Bestehen datiert sowohl nach gemeinem Recht wie BGB. erst vom Eintritt der Bedingung;[5]) auch ein befristeter Anspruch ist nicht fällig; dieser entsteht im Gegensatz zum bedingten Anspruch mit dem Eintritt eines zukünftigen gewissen Ereignisses; so wenigstens nach BGB.; vgl. § 163. Im gemeinen Recht war es bestritten, ob das befristete Recht als Zukunftsrecht anzusehen ist, oder ob nun seine Geltendmachung hinausgeschoben ist: vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 114, 1a S. 264. Nicht minder fehlt die Eigenschaft der Fälligkeit den sogen. bedingt wirksamen und betagten Ansprüchen. Es sind dies Ansprüche, die zwar an sich bestehen, deren Geltendmachung jedoch abhängig ist entweder von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen oder von dem Eintreten eines zukünftigen gewissen Ereignisses. Allerdings ist es in der Literatur nicht unbestritten, ob ein gegenwärtiger Anspruch auf eine zukünftige Leistung anzuerkennen ist. Die Lehre, die einen solchen Anspruch als einen wirklich bestehenden verwirft, kommt auch zum Ausdruck in der Bekämpfung der Ansicht Windscheids: „Das dingliche Recht wird gebildet durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen; der dinglich Berechtigte hat einen Anspruch gegen jedermann."[6])

Ohne näher auf den Streit einzugehen, schließe ich mich den m. E. zu billigenden Darlegungen Langheinekens[7]) an, wonach jedenfalls das BGB. gegenwärtige Ansprüche auf eine künftige Leistung kennt. So gibt es in dem Gesetze betagte Ansprüche, also Ansprüche, die bereits vor

---

[1]) vgl. auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 273.
[2]) vgl. Dernburg, BR. Bd. 2 § 71 II S. 152.
[3]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 34 und BGB. § 271.
[4]) vgl. die unten behandelten sogen. betagten und bedingt wirksamen Ansprüche: S. 28.
[5]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 109 u. BGB. § 158.
[6]) vgl. Windscheid, Pand. Bd 1 § 43 S. 99. Gegen diese Lehre: Dernburg, Pand. Bd. 1 1. Abtlg. § 39 N. 10 S. 86; derselbe, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 18 III, 2 S. 51; Hölder, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 93 S. 38; derselbe in Busch Bd. 29 S. 56; Crome Bd. 1 § 35 S. 179.
[7]) Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. S. 67 ff.

Eintritt des zukünftigen bestimmten Zeitpunktes vorhandes sind: vgl. § 271 Abs. 2: Der Gläubiger kann die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit verlangen;

§ 1467 Abs. 2: Was der Mann aus dem Gesamtgute zu fordern hat, kann er erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft fordern;

§ 1087 Abs. 1 S. 1: Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist;

§ 199 S. 2: Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung;

§ 1966: Von dem Fiskus als gesetzlichen Erben und gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben kann ein Recht erst geltend gemacht werden, nachdem von dem Nachlaßgerichte festgestellt ist; vgl. ferner die bei Langheineken S. 67 ff. zitierten Quellenstellen.

In gleicher Weise läßt sich eine Reihe von Tatbeständen aus dem Gesetze anführen, die beweist, daß nach dem heutigen Rechte auch bedingt wirksame Ansprüche, d. s. Ansprüche, deren Geltendmachung bis zum Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses verschoben ist, anzuerkennen sind;

vgl. § 2306 Abs. 1 S. 2: Der Pflichtteilsberechtigte kann den Pflichtteil verlangen, wenn er ausschlägt.

Gemäß § 2317 Abs. 1 ist der Anspruch auf den Pflichtteil bereits mit dem Erbfall entstanden; die Geltendmachung des Pflichtteils ist bedingt durch das ungewisse Ereignis der Ausschlagung der Erbschaft;

vgl. ferner § 1001 S. 1: Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt; vgl. weiter die Ausführungen bei Langheineken S. 75 ff.

Alle diese Ansprüche sind nicht fällig. Die Leistungsverweigerung, die ihnen gegenüber zulässig ist, findet statt mangels Fälligkeit, nicht kraft Bestehens eines Zurückbehaltungsrechts im technischen Sinne.

2. a) Es ist in neuerer Zeit die Lehre vertreten worden, ein Anspruch könne nach dem Willen des Gesetzes nicht mehr fällig genannt werden, wenn ihm eine Einrede entgegenstehe. Die angebliche Auffassung des Gesetzes ist des näheren begründet worden von Langheineken S. 87. Die Richtigkeit seiner Ansicht soll unten geprüft werden.

Für das gemeine Recht erkennt jedenfalls Windscheid eine durch Einrede bewirkte Nichtfälligkeit des Anspruchs nicht an. Dies dürfte deutlich hervorgehen aus der Art, wie er die Voraussetzungen des Verzugs formuliert; vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 277; hier heißt es: „Der Verzug setzt voraus:

1. ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes klagbares Forderungsrecht;

2. daß diejenige Zeit, zu welcher der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet war, ohne Leistung verstrichen sei."

Windscheid kennt also als Voraussetzungen des Verzugs außer dem Erfordernis des Eintritts der Leistungszeit, d. h. der Fälligkeit des

Anspruchs, noch das Nichtbehaftetsein des Anspruchs mit einer Einrede. Beide Voraussetzungen werden nebeneinander gestellt; es wird nicht etwa das Entgegenstehen einer Einrede als Beispiel der fehlenden Fälligkeit genannt.[1])

Die Ansicht Windscheids bezgl. der Wirksamkeit der Einrede auf die Fälligkeit der entgegenstehenden Forderung muß meines Erachtens auch für unser heutiges Recht aufrechterhalten werden. Die Wirksamkeit der Einrede ist dahin zu charakterisieren, daß sie den mit ihr behafteten Anspruch in seinem Bestande vollkommen unangetastet läßt[2]) und sich lediglich gegen seine Geltendmachung richtet.

Es ist dies wenigstens die regelmäßige Wirkungen der Einrede. Von jenen Ausnahmeeinreden, die die Geltendmachung des Anspruchs nicht ausschließen, wird unten die Rede sein.

Es soll nicht geleugnet werden, daß diese Sachlage des Gehemmtseins des Anspruchs durch Einrede eine gewisse Verwandtschaft hat mit dem Falle des betagten und bedingt wirksamen Anspruchs; auch in letzterem Falle ist lediglich die Geltendmachung des an sich zu Recht bestehenden Anspruchs hinausgeschoben. Zu weit geht aber Langheineken S. 96, wenn er auf eine völlige Gleichartigkeit der Sachlage in den beiden Fällen der Hinausschiebung der Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs schließt und annimmt, daß auch die Einrede die Fälligkeit des einredebehafteten Anspruchs berühre. Zwischen beiden Tatbeständen besteht ein weitgehender Unterschied.

Wir nannten oben eine Forderung dann fällig, wenn ihre Erfüllungszeit eingetreten ist. Das Wesen der Einrede besteht nun gerade darin, daß sie einem Anspruche, dessen Erfüllung verlangt werden kann, entgegentritt. An der Tatsache des Eintritts des Zeitpunktes, in dem der Gläubiger nach dem Inhalte des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist, wird durch die Einrede nichts geändert. Schützt sie der Schuldner vor, so kommt es allerdings regelmäßig zur Abweisung der Klage, aber nicht, weil der Gläubiger noch nicht klagberechtigt war, weil er zu früh oder weil er unberechtigt geklagt hat, sondern weil ihm trotz des rechtzeitigen Klagbegehrens des Gläubigers, trotz des Begründetseins seines Klageanspruchs ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht zur Seite steht.

Diese Sachlage kann in keiner Weise, wie es Langheineken S. 96 annimmt, dem Falle des § 1966 gleichgestellt werden. Hier ist allerdings die Fälligkeit des Anspruchs des Fiskus oder gegen den Fiskus von der vorherigen Feststellung des Nachlaßgerichtes, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist, abhängig gemacht; vor dieser Feststellung fehlt überhaupt die Möglichkeit der Durchsetzung des Anspruchs. Das Gericht hat den

---

[1]) Weniger deutlich ist Dernburg, Pand. Bd. 2 § 40, 1 S. 110. Aus der Art seiner Darstellung dürfte jedoch hervorgehen, daß seine Ansicht in keiner Weise von der Windscheids abweicht.

[2]) Für diese Wirksamkeit der Einrede liefert uns unsere Darlegung ein besonderes Argument; vgl. S. 147 f.

klagenden Gläubiger von Amts wegen mangels Fälligkeit des erhobenen Anspruchs abzuweisen. Im Gegensatze hierzu wird ein Gläubiger, dessen Anspruch durch Einrede gehemmt ist, in dessen Geltendmachung in keiner Weise gehindert; schützt allerdings der Schuldner die Einrede vor, so wird in der Regel so entschieden, als ob der Anspruch überhaupt nicht begründet oder fällig wäre. Entscheidend ist aber nicht das Resultat selbst, sondern der Grund, der zu ihm führt; läßt man diesen außer acht, so kann man überhaupt den Unterschied zwischen Nichtbestand des Anspruchs und seinem Gehemmtsein durch Einrede leugnen, wie dies ja auch tatsächlich geschehen ist.[1])

Es ist aber in Wahrheit der Fall der Abweisung der Klage infolge Nichtexistenz des Anspruchs von dem der Klagabweisung kraft Bestehens und Geltendmachung einer dilatorischen oder peremtorischen Einrede ebenso scharf zu scheiden, wie zu trennen ist der Fall der Zurückweisung des Klägers mangels Fälligkeit von dem seiner Abweisung infolge Vorschätzens einer Einrede. Die Einrede selbst hat, wie nochmals betont werden muß, auf die Tatsache des Eintritts der Fälligkeit gar keinen Einfluß;[2]) man kann höchstens sagen: Die Vorschätzung der Einrede hat regelmäßig dieselbe Wirkung wie die Nichtfälligkeit des Anspruchs; es kommt zur Abweisung des Klägers; nach Geltendmachung der Einrede ist der an sich fällige Anspruch als ein nicht fälliger anzusehen.[3])

β) Ist demgemäß der Anspruch des Gläubigers durch eine Einrede gehemmt, so kann es wegen einer durch die Einrede bewirkten Nichtfälligkeit des Anspruchs, also wegen Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung des Retentionsrechts des gemeinen Rechts und des BGB., nämlich wegen Fehlens der Fälligkeit, nicht zu einem Ausschlusse des Retentionsrechts kommen. Allein begründet ist darum das Retentionsrecht im Falle des Behaftetseins des klägerischen Anspruchs mit einer Einrede doch keineswegs. Es ist zu bedenken, daß sich einem Anspruche gegenüber, dessen Erfüllung ohnehin verweigert werden kann, die Zulassung eines besonderen Zurückbehaltungsrechts erübrigt.

Die Eigentümlichkeit unseres Rechtsinstituts besteht ja gerade darin, daß es dem Schuldner einem an sich durchaus begründeten, fälligen, in keiner Weise durch sonstige Einreden gehemmten Anspruche gegenüber ein

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 2 S. 9 bezgl. der peremtorischen Einreden: „Die Bedeutung der peremtorischen Einreden besteht nicht darin, daß dem Anspruch dauernd die Einrede entgegensteht.“ Hölder bezgl. aller Einreden; vgl. Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 93 S. 80: „Jede begründete Einrede schließt die Existenz des Anspruchs, gegen den sie Platz greift, aus.“ vgl. hierzu die Ausführungen unten S. 147 f.

[2]) Den fälligen Anspruch trennt auch scharf von dem mit Einrede behafteten: Ennecerus Bd. 1 § 198 I S. 486: „Der Verzug setzt einen gültigen, nicht durch Einrede entkräfteten, klagbaren und fälligen persönlichen oder dinglichen Anspruch voraus.“ Anders Schollmeyer ad § 284 Ziff. 1: „Auch schließt der Umstand, daß der Forderung Einreden entgegenstehen, die Fälligkeit aus.“

[3]) vgl. Hellwig S. 352 bezw. der dilatorischen Einreden: „Steht dem Anspruch nur eine verzögerliche Einrede entgegen, so ist er fällig; aber er gilt als nicht fällig, sobald der Schuldner von dem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht.“

besonderes Leistungsverweigerungsrecht erteilt. Steht dem Schuldner demgemäß dem Anspruche des Gläubigers gegenüber eine Einrede zu, kann von einem Retentionsrecht keine Rede sein.

α 1) Dies gilt zunächst von den dauernden Einreden, insbesondere von der Verjährungseinrede.

Gegenüber einem Anspruche, dessen Durchsetzung dauernd gehemmt ist, bedarf es nicht einer Berufung auf das Retentionsrecht.

Dieses Zurückbehalten, das einem verjährten oder durch andere dauernde Einreden gehemmten Anspruche gegenüber stattfindet, hat natürlich mit einer Ausübung des technischen Zurückbehaltungsrechts nichts zu tun.

β 1) Wie steht es mit den verzögerlichen Einreden? Hier ist zu scheiden. Die regelmäßige Wirkung der dilatorischen Einrede ist, daß sie die Möglichkeit der Geltendmachung des Anspruchs hemmt und demgemäß im Prozesse die Abweisung der Klage zur Folge hat. Nach der meines Erachtens nicht haltbaren Ansicht Langheinekens wird durch diese Einreden der entgegenstehende fällige Anspruch zu einem nichtfälligen gemacht. Wenn, wie oben dargelegt, die Einreden die Fälligkeit des Anspruchs des Gläubigers auch nicht berühren, so kann doch bei ihrer Vorschützung von der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nicht die Rede sein, denn es findet eben nicht ein Zurückbehalten kraft Zurückbehaltungsrechts, sondern ein Zurückbehalten kraft Bestehens irgend eines andern Leistungsverweigerungsrechts statt.

Daneben gibt es eine besondere Kategorie von Einreden, deren Geltendmachung prozessual nicht die Abweisung des Klägers, sondern lediglich die beschränkte Verurteilung des Schuldners nach sich zieht. Hierhin gehört nach gemeinem und heutigem Recht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Daß aber auch ihre Vorschützung nicht als Geltendmachung eines Retentionsrechts betrachtet werden kann, wird später begründet werden. Das BGB. kennt außerdem aber noch eine ganze Reihe von Einreden,[1]) die der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Retentionseinrede selbst in der prozessualen Wirksamkeit gleichen, sich sonst aber wesentlich von der Retentionseinrede unterscheiden. Ihre Geltendmachung stellt sich jedenfalls nicht dar als Berufung auf ein dem Schuldner zustehendes Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB.

Die in Rede stehenden Paragraphen können wir erst betrachten, nachdem wir das Zurückbehaltungsrecht nach seinen Voraussetzungen, Wirkungen, seiner juristischen Natur kennen gelernt haben.[2])

3. Der Anspruch muß fernerhin klagbar sein.

Würde der Gläubiger einen klaglosen Anspruch gerichtlich geltend machen, würde er ohne weiteres abgewiesen werden, und der Ausübung des Retentionsrechtes bedarf es überhaupt nicht.

---

[1]) s. die unten genannten Einreden der §§ 258 S. 2, 321, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3 BGB.; 838 ZPO.; 526 S. 1, 1100 S. 1, 1160 Abs. 1 BGB.

[2]) vgl. unten S. 132 ff.

4. Es macht keinen Unterschied, ob es sich handelt um einen dinglichen oder persönlichen Anspruch.

α) Allerdings ist dies im gemeinen Recht nicht unbestritten gewesen; so läßt Luden, §§ 3 und 9, ein Retentionsrecht lediglich gegenüber einer in rem actio gelten. Seine Anschauung resultiert aus dem Bemühen, das Retentionsrecht zu erfassen als Ausfluß des allgemein rechtlichen Prinzips: „Die Pflicht dessen, der persönlich zu einem Handeln verpflichtet ist, wird für größer erachtet als die Pflicht des Besitzers einer fremden Sache zur Zurückgabe derselben"; Luden S. 9. Die völlige Verfehltheit der Ludenschen Theorie ist jedoch von Cramer S. 315 ff. und Langfeld S. 91 ff. nachgewiesen. Sie steht im übrigen mit den Quellen durchaus im Widerspruch; so ist z. B. das Retentionsrecht des Kommodatars, dem gegenüber doch nur ein obligatorischer Anspruch besteht, ausdrücklich anerkannt in l. 15 § 2 und l. 59 D. de furtis 47, 2. Dasselbe gilt vom Negotorum gestor: vgl. l. 7 pr. D. quib. Mod. pign. 20, 6. Für die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dinglichen und obligatorischen Ansprüchen ist demgemäß auch Goldschmidt § 94 Ziff. 1 S. 968.

β) Auch für das BGB. ist die Frage bestritten. So will Schollmeyer ad § 273 Ziff. 2 *β* das Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich nur gegenüber obligatorischen Ansprüchen gelten lassen, indem er meint: „Außerhalb des Gebiets des Obligationenrechts ist das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, für die es stattfinden soll, durch besondere Vorschriften geregelt." Derselben Auffassung scheint Rehbein zu sein, wenn er Bd. 2 S. 93 Ziff. 79 mit Bezug auf die §§ 1000, 972, 2022 BGB. ausführt: „Diese Vorschriften haben ihre Bedeutung neben § 273, indem sie die Rechtsnorm desselben auf das Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer erstrecken." Ohne die besondere Hervorhebung des Retentionsrechts in § 1000 wäre also nach Rehbein das Zurückbehaltungsrecht auf das Recht der Schuldverhältnisse beschränkt gewesen.

Die Ansicht dieser Schriftsteller findet eine gewisse Stütze durch die Art der Begründung, mit der die Kommission den Antrag auf Verweisung des Zurückbehaltungsrechts in den allgemeinen Teil des Gesetzes zurückgewiesen hat. In den Protokollen Bd. 1 S. 312 heißt es:

„Es sei zwar zuzugeben, daß das Zurückbehaltungsrecht sich nicht auf das Gebiet des Obligationenrechts beschränke. Die Verweisung des Zurückbehaltungsrechts in den allgemeinen Teil unterliege aber dem Bedenken, daß, wenn schon im Obligationenrecht das Zurückbehaltungsrecht für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen die Ausübung desselben dem Inhalte des Schuldverhältnisses zuwiderlaufe, eine solche Verallgemeinerung nicht ratsam erscheine. Der Entwurf habe es deswegen vorgezogen, außerhalb des Gebietes des Obligationenrechts das Zurückbehaltungsrecht für diejenigen Verhältnisse, in denen es stattfinden soll, durch besondere Vorschrift zu ordnen."

α 1) M. A. n. ist gerade diese Beschränkung des Anwendungsgebietes des Retentionsrechts „nicht ratsam". Man denke doch nur an die

sich aus ihr ergebenden Konsequenzen. Hiernach stände also nur dem Besitzer ein Retentionsrecht gegenüber dem Eigentumsanspruch zu (§ 1000 BGB.), ferner dem Finder (§ 972 BGB.) und dem Erbschaftsbesitzer (§ 2022 BGB.).

Gegenüber dem Anspruche des Pfandgläubigers, Nießbrauchers auf Herausgabe des Pfandes oder des Gegenstandes des Nießbrauchs wäre es also zu versagen, da es ihnen ja nicht kraft ausdrücklicher Bestimmung bewilligt worden ist.[1]) Daß dieser Standpunkt nur zu Unbilligkeiten führen kann, ist ohne weiteres klar; er ist daher gerade aus Billigkeitserwägungen zu verwerfen.

β 1) Auffallend ist es ja immerhin, daß das Gesetz trotz der allgemeinen Statuierung des Zurückbehaltungsrechts in § 273 es dem Besitzer, Finder, Erbschaftsbesitzer ausdrücklich zuerkennt. Die Motive Bd. 3 S. 416 rechtfertigen die Wiederholung damit, es sollten jede Zweifel vermieden werden. Und in der Tat hat auch die Vorschrift des § 1000 BGB. ihren guten Sinn.

Wie alle allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse analoge Anwendung finden auf andere Ansprüche,[2]) so unterliegt auch das in § 1000 gewährte Zurückbehaltungsrecht den Bestimmungen des § 273. Diese machen aber das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen abhängig von der Fälligkeit des Anspruchs. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung vor der Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer (vgl. § 1001 BGB.) kann jedoch zweifelhaft sein. Diesem Zweifel soll § 1000 BGB. begegnen.[3]) Er bestimmt: Bereits vor Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer ist ein fälliger Anspruch auf Ersatz vorhanden; dieser kann geltend gemacht werden durch das Retentionsrecht, aber auch nur auf diesem Wege; selbständig einklagbar ist er erst nach Wiedererlangung der Sache oder Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer.

Hiermit muß, was nebenbei bemerkt sei, der Erklärungsversuch Langheinekens abgelehnt werden. Er sieht in § 1000 BGB. trotz der Fassung von § 1000 S. 2 a. a. O. kein Zurückbehaltungsrecht, sondern eine selbständige Einrede, die Einrede der mangelnden Genehmigung von Verwendungen.[4]) Denn nach seiner Ansicht ist der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen insofern, als er zwar besteht, aber nur in seiner Durchführung von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig ist, der Genehmigung oder Wiedererlangung, lediglich ein bedingt wirksamer, also kein fälliger; demgemäß kann es sich nach der Auffassung Langheinekens nur handeln um die oben genannte selbständige Einrede. „Andernfalls wäre ja auch die Vorschrift des § 1000 S. 1 überflüssig gewesen.“[5]) Gegen diese Argumentation ist manches einzuwenden. Unzweifel-

[1]) vgl. auch Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 105.
[2]) vgl. Protokolle Bd. 1 S. 312.
[3]) So auch Planck ad § 1000.
[4]) Langheineken S. 295 Ziff. 15.
[5]) Langheineken a. a. O.

haft deckt sie sich nicht mit dem Willen des Gesetzes. Denn sicherlich kann es sich im § 1000 BGB. nur um ein Zurückbehaltungsrecht handeln; hierfür sprechen die Protokolle Bd. 1 S. 311 und das Gesetz selbst, das im Grunde nichts anderes enthält als eine Rekapitulation des § 273 Abs. 2 BGB. Ueber das Wort „Zurückbehaltungsrecht" in § 1000 S. 2 kann man sich ferner auch nicht ohne weiteres hinwegsetzen. Sodann kann aus § 1000 im Zusammenhange mit § 1001 nicht gefolgert werden, der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen sei vor ihrer Genehmigung oder vor der Wiedererlangung der Sache noch nicht fällig. Für die von Langheineken angenommene Kategorie der bedingt wirksamen Ansprüche ist jedenfalls hier kein Raum, mag man sich im übrigen auch mit ihrer Anerkennung einverstanden erklären.

Gerade dadurch, daß das Gesetz in § 1000 dem Besitzer ausdrücklich ein Retentionsrecht bewilligt, erkennt es die Fälligkeit des Anspruchs an, die allerdings ohne die besondere Normierung des Zurückbehaltungsrechts in § 1000 zweifelhaft sein könnte; lediglich aus diesem Grunde, nicht aus dem von Langheineken angenommenen, rechtfertigt sich die Bestimmung des § 1000. § 1001 hat nur die Bedeutung, daß er den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen mit einer neuen Eigenschaft ausstattet, der selbständigen Einklagbarkeit. Es handelt sich in § 1000 jedenfalls um einen Anspruch von einer gewissen Eigenart. Er ist an sich völlig rechtlich begründet, fällig, aber in seiner Wirksamkeit insofern beschränkt, als seine Befriedigung nur im Wege der Retention erwirkt werden kann. Er gleicht in gewissem Sinne dem gemeinrechtlichen Anspruche des Depositars auf Ersatz von Verwendungen. Auch hier handelt es sich um einen nur beschränkt wirksamen Anspruch; allerdings ist die Beschränkung in seiner Wirksamkeit etwas anderer Art als die des Anspruchs des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen. Der Anspruch ist nämlich zwar selbständig einklagbar; der Depositar kann aber nicht im Wege der Retention und Kompensation Befriedigung erlangen.

Aus den vorstehenden Erörterungen, die uns etwas vom Wege abgeführt haben, dürfte soviel hervorgehen:

Wenn es sich auch in den §§ 1000, 972, 2022 BGB. um ein echtes Zurückbehaltungsrecht handelt und nicht, wie Langheineken will, um eine selbständige Einrede, so kann aus dieser besonderen Normierung des Zurückbehaltungsrechts außerhalb des Gebiets des Obligationenrechts nicht die von Schollmeyer, Rehbein angenommene Schlußfolgerung gezogen werden.

Die fraglichen Bestimmungen dürfen weder dahin ausgelegt werden, daß sie eine Beschränkung des Anwendungsgebietes des Retentionsrechts enthalten, noch darf der ihnen von Langheineken untergelegte Sinn gebilligt werden; rechtfertigen läßt sich nur die oben gegebene Interpretation: Sie sollen jeden möglichen Zweifel beseitigen.

γ 1) Eine Einengung des Geltungsgebietes des Retentionsrechts im dargelegten Sinne läßt sich auch ebensowenig herleiten aus der Be-

nennung des Zurückbehaltungsrechts in den Motiven Bd. 2 S. 40: „obligatorisches Zurückbehaltungsrecht". Es soll hiermit nichts anders als der Gegensatz des Zurückbehaltungsrechts des BGB. zum dinglich wirkenden Zurückbehaltungsrecht des HGB. (vgl. §§ 369 ff. HGB.) zum Ausdruck gebracht werden.[1])

δ 1) Daß das Zurückbehaltungsrecht sowohl persönlichen wie dinglichen Ansprüchen gegenüber wirkt, erhellt aus seiner juristischen Natur. Als Einrede kann es eben allen Ansprüchen gegenüber zur Geltung gebracht werden, mögen sie beschaffen sein wie sie wollen.

Ist dies richtig, so rechtfertigt sich auch in keiner Weise seine Stellung im System des BGB. Als jedem Anspruche entgegenstehendes Einrederecht hätte es am besten seinen Platz gefunden im allgemeinen Teile des Gesetzbuchs, wie es ja auch in der Kommission beantragt wurde; vgl. Protokolle Bd. 1 S. 311.[2])

Jedem Zweifel bezgl. seiner Wirksamkeit wäre hiermit ein für allemal begegnet worden. Die Gründe, die zur Abweisung des fraglichen Antrages geführt haben, Einengung des Anwendungsgebietes des Retentionsrechts, sind zu verwerfen.

5. α) Im gemeinen Recht herrscht ein lebhafter Streit über die Beschaffenheit der retinierenden Leistung, d. h. den Gegenstand des Anspruchs.

Die älteren Schriftsteller Faselius (§§ 5 u. 7), Glück (Bd. 15 S. 116) sehen im Retentionsrecht, wie bereits oben erwähnt, lediglich die Befugnis, eine körperliche Sache zurückzubehalten, denn, meint Faselius § 5: „Eine Sache nicht aus dem Besitz lassen, heißt solche retinieren, innebehalten, zurückhalten." Offenbar hat sich Faselius und mit ihm die ganze ältere Doktrin[3]) durch die streng wörtliche Uebersetzung der Begriffe „retinere", „retentio" zu jener Anschauung verleiten lassen. Daß auch Groskopff (§ 7) und Sintenis (S. 166) diese Auffassung teilen, ist nur zu erklärlich bei ihrem Bestreben, das Zurückbehaltungsrecht auf ein möglichst enges Anwendungsgebiet zu beschränken.

Andere Schriftsteller (Schenck § 22, Luden § 15) gehen jedoch weiter und erkennen ein Retentionsrecht auch an unkörperlichen Sachen an, soweit an ihnen quasi possessio möglich ist, so daß eine den Besitz entziehende Einwirkung auf sie ausgeschlossen erscheint; in Betracht kommen hier in erster Linie die Servituten. Erst die neuere Doktrin hat auf Grund eingehender Quellenforschung dem Retentionsrecht das ihm gebührende weite Geltungsbereich zugesprochen. Nicht nur „Sachen, sondern auch Zahlungen,[4]) Zessionen,[5]) wie die Konstituierung von Rechten, ja auch ein

---

[1]) Uebereinstimmend Crome Bd. 1 § 124 S. 546 Note 6.

[2]) Auch Crome Bd. 1 § 124 S. 546 Note 6 meint: „Die Stellung im BGB. ist nur eine Verlegenheitsstellung."

[3]) z. B. Lenz S. 386: „Nur Sachen können retiniert werden."

[4]) z. B. die Leistung des Bürgen bis zur Abtretung der Forderung des Gläubigers: l. 17 D. de fideiussor. 46, 1.

[5]) z. B. Die Zession der Forderung des Verkäufers gegen den Beschädiger oder Entwender: l. 21 D. 18, 4.

non facere", [1]) kurz jede „Leistung" kann Gegenstand der Retentionsbefugnis sein.

Hiermit entfällt auch von selbst die im gemeinen Recht vielerörterte Streitfrage, ob Detention auf seiten des Retinenten genüge,[2]) oder ob gar juristischer Besitz erforderlich sei;[3]) es kann eben jede Leistung retiniert werden.

Obwohl sich in der Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Stimmen fanden, die das Zurückbehaltungsrecht auf die Retention einer Sache beschränkt wissen wollten, hat sich das BGB. doch der neueren gemeinrechtlichen Lehre angeschlossen, was auch nur zu billigen ist, denn nur so kann das Retentionsrecht seinen Zweck, die Gewährung des Rechtsschutzes, in weitestem Umfange erfüllen. Jede Leistung kann, wie aus der Fassung des Gesetzes erhellt,[4]) retiniert werden, aber auch nur diese; Feststellungsklagen gegenüber versagt das Retentionsrecht.[5]) Daß aber auch ein Unterlassen Gegenstand des Retentionsrechts sein kann, dürfte wohl deutlich hervorgehen aus der Aenderung des ersten Entwurfs. Während dieser in § 233 dem Schuldner die Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung gestattet, kann er sie nach der heutigen Fassung des Gesetzes „verweigern"; eine Verpflichtung zum Unterlassen läßt sich eben wohl „verweigern", aber nicht „zurückhalten".[6])

β) Auf den Fall der Zurückbehaltung einer Sache muß näher eingegangen werden.

α 1) Sicherlich kann der Eigentümer seine Sache retinieren; dies wird in den römischen Quellen ausdrücklich anerkannt: vgl. z. B. l. 13 pr. D. 71, wonach der Eigentümer dem Nießbraucher die Sache so lange vorenthalten kann, bis dieser die cautio usufructuaria leistet.

Ein ähnlicher Fall folgt für unser heutiges Recht aus § 1067 Abs. 2 BGB.: Der Besteller des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen kann deren Herausgabe so lange verweigern, bis wegen Ersatzes des Wertes Sicherheit geleistet ist.

Die gesamte neuere Doktrin des gemeinen Rechts nennt hier auch als Beispiel die Retention des Eigentümers, der die exceptio non adimpleti contractus vorschützt.[7])

---

[1]) Langfeld S. 111; ebenso Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 321; Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 462; Goldschmidt § 93.

[2]) So Schenck S. 76 ff.; Lenz S. 384 ff.

[3]) So Luden S. 50 ff.

[4]) vgl. § 273 Abs. 1: „Leistung verweigern".

[5]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 123.

[6]) Das Gesetzbuch geht in seiner Behandlung des Retentionsrechts über die Art der Darstellung des Rechtsinstituts in den sonstigen Kodifikationen weit hinaus. Sie kennen nur ein Retentionsrecht an Sachen: So das preuß. ALR. I, 20, 536, 542; sächs. GB. §§ 767, 769.

[7]) So Langfeld § 9; Goldschmidt S 969 u. S. 977 ff.; Cramer S. 417 ff., 429 ff.; Dernburg, Kompensation S. 370; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 351 Note 6. Anderer Ansicht Schenck S. 41; Luden S. 21 ff.; auch Groskopff a. a. O. kann natürlich gemäß seiner Theorie, wonach nur ein Retentionsrecht an fremder Sache möglich ist, die exceptio non adimpleti contractus nicht für einen Fall des Retentionsrechts betrachten.

Ob sich diese exceptio non adimpleti contractus als ein Fall des Retentionsrechts auffassen läßt, soll an anderer Stelle[1]) näher geprüft werden.

Daß der juristische Besitzer und Detentor nach gemeinem Recht retinieren können, ist bereits dargelegt. Auch nach BGB. steht dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht zu.

β 1) Wie steht es mit dem Besitzdiener?

Uebt er die tatsächliche Gewalt für den Retentionsgegner aus, ist dieser also Besitzer, so ist ihm ein Retentionsrecht zu versagen, denn mit der Geltendmachung des Retentionsrechts würde er den Weisungen des Besitzers, denen er nach § 855 BGB. Folge zu leisten hat, zuwiderhandeln. Es kann also z. B. der Knecht nicht ein Retentionsrecht an den Ackergerätschaften wegen seiner Lohnforderungen ausüben.

Uebt der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für einen Dritten aus, so steht ihm jedenfalls ein eigenes Zurückbehaltungsrecht an der Sache nicht zu, denn der Dritte kann ihm diese kraft seines Besitzes nach Belieben entziehen. Allerdings kann unter Umständen auch der Besitzdiener retinieren, aber nicht kraft eigenen Rechts, vielmehr nur insoweit, als er mit seiner Retention lediglich das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers ausübt. Letzterem steht das Retentionsrecht zu.

Hieraus folgt, daß ein Retentionsrecht an einer Sache ausgeübt werden kann, selbst wenn der Retinent sie selbst nicht in Händen hat.

Es lassen sich weitere Beispiele aufzählen für die Möglichkeit der Ausübung eines Retentionsrechts an Sachen, die man nicht in seiner Gewalt hat.

So kann z. B. der Vertretene ein Retentionsrecht ausüben an Sachen, die der Vertreter in Händen hat; der Stellvertreter ist entweder Besitzdiener gemäß § 855 BGB. und der Vertretene Besitzer, oder der Vertreter ist unmittelbarer Besitzer gemäß § 868 und der Vertretene mittelbarer Besitzer. Der Vertretene ist also stets Besitzer; insofern deckt sich dieses Beispiel mit dem oben dargelegten Falle der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Besitzer an Sachen, die der Besitzdiener in seiner Gewalt hat.

Es kann m. E. ferner keinem Zweifel unterliegen, daß auch derjenige, der die Inhabung seiner Sache verloren hat, hiermit nicht ohne weiteres seiner Retentionsbefugnis verlustig geht. Sein Recht, die Leistung zu verweigern, wird durch den Verlust der Sache nicht berührt. Auch der Beweis des Klägers, daß der Beklagte das Retentionsobjekt gar nicht in seiner Gewalt habe, kann nicht zur Verwerfung der Retentionseinrede führen. Stets muß jedoch der Retinent die rechtliche Möglichkeit haben, sich wieder in den Besitz seiner Sache zu setzen.[2])

---

[1]) unten S. 143 ff.

[2]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 126: „Das Zurückbehaltungsrecht endigt, wenn der Schuldner den Besitz aufgibt oder denselben in anderer Weise verliert, ohne sich denselben zurückverschaffen zu können."

Ist diese in die Gewalt eines Dritten oder des Retentionsgegners gelangt, und zwar in einer Weise, daß dem Retinenten jegliche Klage auf Wiedererlangung der Sache fehlt, so ist hiermit auch sein Retentionsrecht erloschen; ein Anspruch auf Auslieferung der Sache ist dann gegen ihn überhaupt nicht mehr begründet. Dieses wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Retinent die Sache dem Gegner herausgegeben und hiermit auf sein Zurückbehaltungsrecht verzichtet hat.

Aus den Erörterungen geht hervor, daß der im gemeinen Recht (vgl. Faselius S. 76, Schenck § 93, Lenz S. 384) vielfach vertretene Satz: „Retention setzt voraus Detention" nicht haltbar ist.[1])

Auch nach heutigem Recht ist seine Anerkennung aus den dargelegten Gründen in keiner Weise gerechtfertigt.[2])

γ) Unerheblich ist ferner, ob dem retinierten Gegenstand ein Verkaufswert eigen ist. Kraft seiner Besonderheit setzt das Pfandrecht einen solchen voraus. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts wird vollkommen erreicht, wenn der Leistungsgegenstand für den Retentionsgegner nur irgendwie von Interesse ist; bloßes Affektionsinteresse genügt.[3])

δ) Erforderlich ist jedoch, daß die Sache der Verfügungsmacht der beiden Gegner unterworfen ist; an sogen. res extra commercium kann ein Retentionsrecht nicht stattfinden.

b) Der Anspruch auf seiten des Schuldners.

1. Der Gläubiger, dem gegenüber das Retentionsrecht ausgeübt wird, muß gemäß der Begriffsbestimmung des Retentionsrechts dem Schuldner gegenüber verpflichtet sein. Letzterem muß also ein Gegenanspruch gegenüber dem Gläubiger zustehen; der schuldnerische Gegenanspruch ist stets eine Forderung. Diese von der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts[4]) vertretene Auffassung ist jedoch von Groskopff §§ 3 und 4 heftig bestritten worden.

In seinem Bemühen, dem Retentionsrecht ein möglichst enges Anwendungsgebiet[5]) zuzuweisen, läßt er ein Zurückbehaltungsrecht nur gelten,

---

[1]) vgl. auch Langfeld S. 128, 148.

[2]) A. A. die Motive Bd. 2 S. 43. Mit mir übereinstimmend auch Schollmeyer ad § 273 Ziff. 5.

[3]) A. A. Schlegelberger S. 114: „Würde es dem Gläubiger gestattet sein, auch solche dem Schuldner gehörige Sachen zurückzubehalten, welche wegen Mangels an Geldwert der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, so würde diese Befugnis kein Sicherungsrecht, sondern ein Zwangsrecht sein."

[4]) vgl. u. a. Schenck § 36; Goldschmidt S. 972: „Der Gegenanspruch des Retinenten ist stets eine Forderung"; Langfeld S. 114.

[5]) Groskopff glaubt z. B. alle die Fälle ausscheiden zu müssen, in denen der Kläger infolge der exceptio des Beklagten gemäß den Grundsätzen des römischen Formularprozesses abgewiesen wird, so vor allem im Falle der Geltendmachung einer actio stricti iuris, denn die wesentliche Wirkung des Retentionsrechts besteht ja gerade in der zeitweiligen Hemmung des klägerischen Anspruchs; vgl. Groskopff §§ 2 u. 12. Eine Reihe von Quellenstellen, die unzweifelhaft vom Retentionsrechte handeln, wird infolgedessen von Groskopff verworfen, z. B. l. 7 § 5 u.

wenn ein Anspruch auf seiten des Retinenten überhaupt nicht begründet ist. Seiner Ansicht nach ist nämlich eine Obligation überhaupt nicht vorhanden in dem einzigen Anwendungsfalle des Retentionsrechts, wenn es sich handelt um den Ersatz der auf eine Sache gemachten Verwendungen. Durch umfangreichen Quellennachweis sucht er seinen Standpunkt zu erhärten und kommt in § 4 zu dem Schlusse: Der Prätor erteilte lediglich zum Schutz eines rein faktischen Verhältnisses die exceptio doli, um den Besitzer bei dem zu erhalten, was er zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich besaß. In diesem Punkte vermag ihm aber auch der Schriftsteller, der sich ihm sonst durchaus anschließt, Sintenis S. 166 ff., nicht zu folgen. Er weist mit Recht darauf hin, daß das für die Impensen Gezahlte selbst bei angenommener Entschuldbarkeit des Irrtums nicht im Wege der condictio indebiti zurückgefordert werden kann, daß demgemäß doch eine obligatio vorhanden sein muß. Auch Goldschmidt § 94 Note 14 S. 972 wendet sich in demselben Sinn gegen Groskopff. Dieser steht also mit seiner Ansicht völlig allein. Auch eine Einschränkung des Retentionsrechts auf den Anspruch des Ersatzes von Impensen kann von keinem der neueren Schriftsteller anerkannt werden. Selbst Sintenis und Eccius, die sich im allgemeinen Groskopff anschließen, nennen noch einen weiteren Fall des Retentionsrechts: wenn die Gegenforderung durch die Sache selbst entstanden ist,[1]) d. h. wenn die Sache des einen in das Bereich und die Detention des andern unter Umständen gelangt ist, wo sie diesem einen Nachteil zugefügt hat.[2])

Daß für das BGB. ein Anspruch auf seiten des Schuldners vorausgesetzt wird, geht klar hervor aus der Fassung der §§ 273, 274: „fälligen Anspruch" (§ 273 Abs. 1); „der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen" (§ 274 Abs. 1).

Wie nach gemeinem Recht ist auch nach heutigem Recht dieser Anspruch stets eine Forderung; vgl. Dernburg Bd. 2 1. Abtlg. § 57, 2 S. 123.

2. Nach gemeinem Rechte kann der Anspruch bestehen in einer obligatio civilis und naturalis.[3])

Daß auch dem BGB. ein Retentionsrecht bekannt ist, das ausgeübt werden kann, obwohl dem Anspruche des Schuldners die Klagbarkeit fehlt, soll unten[4]) näher erörtert werden.

3. Bestritten ist im gemeinen Recht, wenigstens in der älteren Lite-

---

l. 13 D. de reb. eor. 27, 9; l. 1 § 15 D. de dote praeleg. 33. 4 (vgl. Groskopff S. 47 ff.). Mit Recht fertigt Langfeld S. 31 Groskopff ab: „Wenn lediglich die prozessuale Behandlung der Retentionseinrede im römischen Formularprozeß zur gänzlichen Zurückweisung des Klageanspruchs geführt haben sollte, so würde damit noch nicht die Frage entschieden sein, ob nicht in materiellrechtlicher Beziehung alle Voraussetzungen des Retentionsrechts vorgelegen haben. Hierauf kommt es für uns aber allein an."

[1]) Sintenis § 91 Anm. 75.

[2]) vgl. auch Eccius S. 460 ff.

[3]) vgl. Schenck § 36; Goldschmidt S. 972; Langfeld S. 114.

[4]) S. 109 f.

ratur, ob Fälligkeit der Forderung des Retinenten erforderlich ist: Faselius S. 32 läßt bedingte und betagte Forderungen zu.[1])

Nicht so weit geht Schenck § 39; er meint, die Quellenstellen enthalten keinerlei Bestimmung über Fälligkeit der Forderung des Retinenten, sie verlangen nur eine obligatio; diese ist aber bei nur betagten Forderungen vorhanden, nicht jedoch bei bedingten; folglich ist ein Retentionsrecht bei letzteren nicht anzuerkennen, wohl aber bei betagten Obligationen.

Mögen auch die Quellen in dem fraglichen Punkte eine positive Vorschrift nicht geben, so erhellt doch aus dem ganzen Wesen des Retentionsrechts, daß für seine Ausübung Fälligkeit der Forderung des Retinenten unbedingt erforderlich ist. Das Retentionsrecht verdankt, wie schon an anderer Stelle gesagt, seine Entstehung nicht zum geringen Teile Billigkeitserwägungen. Man empfindet es mit Recht als ungerecht, daß der Gläubiger fordert, obgleich er selbst schuldet; allein von einer Unbilligkeit kann doch nur dann die Rede sein, wenn die Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger unbedingt, unbetagt, unbefristet d. h. fällig ist; nähme man auch bei nichtfälligen Forderungen ein Retentionsrecht an, so öffnete man ja neuen Unbilligkeiten wieder Tür und Tor; eine nichtfällige Schuld zu erfüllen ist niemand verpflichtet.

Demgemäß wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller (Cramer S. 419; Goldschmidt § 94 Note 17; Lenz S. 388, 389; Langfeld S. 117) Fälligkeit[2]) der Forderung verlangt, und daß auch das BGB. (vgl. § 273) sich der herrschenden Ansicht der gemeinrechtlichen Doktrin anschließt, entspricht dem gerechten Empfinden.

α) Erwägungen der Billigkeit zugunsten des Gläubigers waren es also, die zur Statuierung des Erfordernisses der Fälligkeit des Schuldneranspruchs führten. Billigkeitserwägungen zugunsten des Schuldners können es andererseits ratsam erscheinen lassen, unter gewissen Umständen von jenem Grundsatze abzuweichen.

Wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Schuldneranspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, kann im Wege einstweiliger Verfügung von Gerichts wegen ein Zurückbehaltungsrecht auch bei Nichtfälligkeit des Schuldneranspruchs zugelassen werden; vgl. §§ 935, 938 ZPO.[3])

---

[1]) Er beruft sich vor allem auf l. 10 D. de verb. signif. 50, 16, wo auch diejenigen für creditores erklärt werden, denen sub condicione indicem geschuldet wird. Schenck S. 124 entgegegnet mit Recht: „Aus dem Umstande, wen alles das Gesetz für einen creditor erklärt, kann doch unmöglich der Schluß gezogen werden, daß die Eigenschaft creditor zu sein, auch zu allem befuge, wozu irgend ein creditor das Recht hat." Inwiefern die Schlußfolgerung der ganzen Natur des Retentionsrechts widerstreitet, wird im Text gezeigt.

[2]) Von den älteren Gesetzbüchern fordern auch das preuß. ALR. I, 20 § 541 und das sächs. GB. §§ 767, 768 die Fälligkeit des Gegenanspruchs.

[3]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. § 57 II, 2 S. 123.

β) Daß durch Parteiabrede auch bei nichtfälliger Gegenforderung ein Retentionsrecht eingeräumt werden kann, ist oben[1]) bereits gesagt.

4. α) Der Begriff der Fälligkeit eines Anspruchs ist bereits oben[2]) erläutert worden. Wir sahen, daß an der Tatsache des Eintritts der Erfüllungszeit, der Fälligkeit des Anspruchs, nichts geändert wird durch des Entgegenstehen einer Einrede.[3]) Nun kann aber unzweifelhaft ein Anspruch, dessen Erfüllung einredeweise verweigert werden kann, nicht zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts benutzt werden, wie unten an den einzelnen Einreden darzulegen sein wird. Man könnte hieraus ein Argument gegen die Richtigkeit der oben vertretenen Ansicht, die Einrede berühre nicht die Fälligkeit eines Anspruchs, herleiten und so folgern: Betont das Gesetz ausdrücklich im § 273 das Erfordernis der Fälligkeit des Gegenanspruchs, kann aber nach dem Willen des Gesetzes von einer Retention der Leistung auch dann keine Rede sein, wenn dem Anspruche eine Einrede entgegensteht, so ist hiermit erwiesen, daß das Gesetz das Behaftetsein des Anspruchs mit einer Einrede unter die Nichtfälligkeit subsumiert. Dieser Schluß, der auch in der Tat von Langheineken S. 96 gezogen wird, ist zu weitgehend. Das Gesetz betrachtet keineswegs das Behaftetsein des Anspruchs mit einer Einrede als Zeichen seiner Nichtfälligkeit; es verstieße hiermit gegen das Wesen der Einrede, die ja, wie oben gesagt, an der Tatsache des Eintritts der sich aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses ergebenden Leistungszeit nichts zu ändern vermag. Es ist lediglich der Wille des Gesetzes, daß insbesondere in den Fällen, wo ausdrücklich auf die Fälligkeit eines Anspruchs abgestellt wird,[4]) mit dem Falle der Nichtfälligkeit eines Anspruchs der hievon grundsätzlich verschiedene Fall des Behaftetseins des Anspruchs mit einer Einrede gleichbehandelt werden soll, in der Erwägung, daß doch auch die Einrede sich der Durchsetzung des Anspruchs entgegenstellt, ebenso wie dessen Nichtfälligkeit;[5]) dieses muß meines

---

[1]) S. 22.

[2]) S. 26 f.

[3]) vgl. S. 28 f.

[4]) vgl. außer § 273, die §§ 257 S. 2, 738 Abs. 1 S. 3, 775 Abs. 2, 1425 Abs. 1 S. 2, 2046 Abs. 1 S. 2. Man kann hier vielleicht auch § 284 Abs. 1. S. 1 nennen; richtiger scheint es mir allerdings zu sein, das Erfordernis des Nichtbehaftetseins des Anspruchs mit einer Einrede aus § 285 zu folgern; so folgern auch Neumann ad § 285 Note 3 und Crome Bd. 2 § 161 Ziff. 2 S. 136; anders Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. § 71 II S. 152; er meint a. a. O: „Verzug des Schuldners setzt voraus: 1. Fälligkeit der Forderung. Es muß die Zeit herangekommen sein, mit welcher die unmittelbare Erfüllung verlangt werden kann." Dann fährt er in einem neuen Absatz fort: „Der Schuldner ist nicht im Verzug, wenn ihm eine verzögerliche Einrede zur Seite steht." Aus seiner Darstellung dürfte übrigens auch hervorgehen, daß er den mit einer Einrede behafteten Anspruch nicht geradezu als einen nichtfälligen betrachtet. Er setzt das Erfordernis des Nichtbehaftetseins des Anspruchs mit einer Einrede selbständig neben das der Fälligkeit des Anspruchs.

[5]) Stets muß aber daran festgehalten werden, daß die Gründe, die regelmäßig zu dem gleichen Resultate führen, durchaus verschieden sind; in dem einen Falle Fehlen der Leistungszeit, in dem anderen ein trotz Bestehens der Leistungszeit eingeräumtes besonderes Leistungsverweigerungsrecht.

Erachtens als Grundsatz anerkannt werden; aber auch nur als Grundsatz; es ist sehr wohl möglich, daß sich aus der Eigentümlichkeit der verschiedenen Einreden gewisse Abweichungen ergeben. Es bedarf einer besonderen Betrachtung des Einflusses der verschiedenen Gruppen von Einreden auf die Wirksamkeit des entgegenstehenden Anspruchs und auf die Möglichkeit seiner Geltendmachung mittelst Retentionseinrede.

β) Regelmäßig wird dem Schuldner die Berufung auf den konnexen fälligen Gegenanspruch versagt sein, wenn dieser durch eine dilatorische Einrede gehemmt ist; so darf der Forderung z. B. nicht die Einrede der Vorausklage des Bürgen (vgl. § 770 BGB.) entgegenstehen. Diese Einrede hat die Wirkung der Zurückweisung des klageweise geltend gemachten Anspruchs. Daß sie demgemäß auch die Geltendmachung eines Anspruchs im Wege des Retentionsrechts ausschließt, ist ohne weiteres klar.

Zweifelhaft kann man sein bezgl. des Einflusses der vier oben bereits angeführten Einreden der §§ 258 S. 2, 321, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3 BGB., 838 ZPO.; 1100 S. 1, 526 S. 1, 1160 Abs. 1.

Sie machen eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs geltend, hindern demgemäß nicht seine Durchsetzung im Prozeß, führen vielmehr zu einer beschränkten Verurteilung. Es sind dies diejenigen Einreden, die nach der Ansicht Langheinekens ausnahmsweise die Fälligkeit nicht berühren und daher nach seiner Auffassung die Geltendmachung des Retentionsrechts nicht hindern.[1])

Allein auch der mit ihnen behaftete Anspruch dürfte zur Ausübung des Retentionsrechts nicht geeignet sein. Nehmen wir als Beispiel die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung aus § 867 S. 3 BGB. Es kann hier der Retentionsgegner die Wegnahme der auf sein Grundstück geratenen Sache so lange verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird.

Wenn auch die Einrede lediglich eine durch die zu leistende Sicherheit bedingte Beschränkung des Umfangs der geschuldeten Leistung, der Gestattung der Wegnahme der auf das Grundstück geratenen fremden Sache geltend macht, so ist doch immerhin zu bedenken, daß sie den Retentionsgegner zur vorläufigen Nichtbefriedigung des mit ihr behafteten Anspruchs berechtigt. Gleich als ob die Forderung nicht fällig wäre, kann der Retentionsgegner ihre Erfüllung vorläufig verweigern, allerdings nur so lange, bis der Retinent die Sicherheitsleistung bewirkt. Wird Sicherheit geleistet, steht der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nichts mehr im Wege. Dasselbe gilt in analoger Weise von den sonstigen hierher gehörenden Einreden.

γ) Hinderten bereits die dilatorischen Einreden die Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts, so müssen um so mehr, so könnte man folgern, die peremptorischen Einreden einen Ausschließungsgrund des Zurückbehaltungsrechts bilden.

Allein das Gesetz kennt verschiedene Kategorien der ausschließenden

[1]) vgl. Langheineken S. 330: „Aus dem Umstande, daß das Zurückbehaltungsrecht einen fälligen Anspruch voraussetzt, folgt, daß es regelmäßig ausgeschlossen wird durch das Entgegenstehen einer Einrede."

Einreden; es bedarf daher für die einzelnen peremptorischen Einreden einer besonderen Prüfung, welchen Einfluß sie auf die Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts auszuüben vermögen.

a 1. Das Zurückbehaltungsrecht ist ohne Zweifel ausgeschlossen, wenn dem Anspruche des Schuldners eine der folgenden Einreden entgegensteht: die Einrede der §§ 462; 478 Abs. 1 S. 1; 490 Abs. 3 S. 1, die Einrede des Wandlungs- und Minderungsanspruchs, die von Anfang an mit dem Existentwerden des Wandlungs- bezw. Minderungsanspruchs begründet ist; [1])

die Einrede der §§ 812, 821: Einrede des Bereicherungsanspruchs, die ebenfalls vor Verjährung des Bereicherungsanspruchs selbst begründet ist; vgl. die Fassung des § 821: „auch dann verweigern";

die Einrede des § 853: Einrede gegen den Anspruch aus einer unerlaubten Handlung; es gilt entsprechend das von der vorhergehenden Einrede Gesagte;

die Einrede des § 2174: Wird durch Vermächtnis dem Erben die Befreiung seines Schuldners auferlegt, so hat der Schuldner nicht nur einen Anspruch auf Befreiung von der Schuld, sondern auch diesem Anspruche entsprechende dauernde Einrede gegenüber dem Anspruche des Erben, die aber dem Bedachten auch nach der Verjährung des Vermächtnisanspruchs immer noch zusteht; [2])

die Einrede des § 2083: Das dem durch eine letztwillige Verfügung Beschwerten nach Ablauf der Anfechtungszeit zustehende Leistungsverweigerungsrecht, das auch vor Ablauf der Anfechtungszeit besteht; [3])

die Einrede des § 41, Abs. 2 KO., § 5 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1899, in der durch die Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 festgestellten Fassung: Die Einrede des Anfechtungsanspruchs, die sowohl vor wie nach Ablauf der Anfechtungsfrist besteht.

---

[1]) Dies ist bestritten von Crome Bd. 1 § 36 S. 189: „Das subjektive Recht erzeugt sukzessiv zunächst einen Anspruch und nach dessen Verjährung eine Einrede"; derselbe in Bd 2 § 223 S. 475: „Die Mängel der Kaufsache erzeugen nach Ablauf der Gewährleistungsansprüche auch noch eine Einrede." Es genügt jedoch, zur Widerlegung dieser Ansicht auf die widersinnigen Resultate hinzuweisen, die sie zeitigen muß; es hat doch schlechterdings keinen Sinn, wenn dem Käufer zwar nach der Verjährung des Wandlungs- bezw. Minderungsanspruchs bei Vorliegen der in § 478 BGB. genannten Voraussetzungen ein Leistungsverweigerungsrecht bewilligt wird, aber nicht bereits vor der Verjährung. Für ein Leistungsverweigerungsrecht vor der Verjährung spricht auch die Fassung des § 478: „auch nach der Vollendung der Verjährung." Die überwiegende Ansicht ist denn auch die im Text vertretene; vgl. u. a. Cosack Bd. 1 § 127 S. 441; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 191 S. 75; Neumann ad § 426 Note II, 2, 1.

[2]) Näheres hierüber s. bei Strohal, Erbrecht Bd. 1 § 37 I a. E. S. 254.

[3]) Es ist dies bestritten von Langheineken S. 317 ff.; es ist sicherlich richtig, daß nach dem Recht des BGB. — anders nach gemeinem Recht: vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 120 — durch die Anfechtbarkeit des einem Anspruche zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts keine Einrede erzeugt wird; dies hindert aber nicht, daß in einem besonderen Falle das Gesetz neben einem Anfechtungsrecht ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht statuiert; dies ist aber der Fall im § 2083, wie aus seiner Fassung erhellt; neben dem Anfechtungsrecht besteht ein dauerndes Einrederecht; vgl. Suppes S. 42.

Die Eigentümlichkeit dieser Einreden ist, daß sie einem Aufhebungsanspruche bezw. Anfechtungsrechte, das sich ebenfalls gegen einen Anspruch richtet — weshalb sie auch „Aufhebungseinreden" genannt werden[1]) —, entspringen und dem Verpflichteten die Möglichkeit geben, die Erfüllung eines Anspruchs dauernd zu verweigern; daß ein mit ihnen behafteter fälliger Anspruch nicht zur Geltendmachung eines Retentionsrechts geeignet ist, ist ohne weiteres ersichtlich.

β 1. Eine Besonderheit bilden die von Suppes S. 22 unter dem Namen „Haftungseinreden" zusammengefaßten Einreden;[2]) es sind die Einreden der §§ 419 Abs. 2; 519 Abs. 1; 633 Abs. 2 S. 2; 1480 S. 2; 1548 Abs. 2; 1549; 1973 Abs. 1 S. 1 und S. 2; 1975; 1990; 1991; 1992; 2145 Abs. 2; 2036 S. 2; 2187 Abs. 1 und Abs. 2; 2188;[3]) 2318 Abs. 1; 2322 BGB.

Sie berechtigen nicht zum Verweigern der Erfüllung des Anspruchs überhaupt, machen vielmehr lediglich eine Einschränkung der Haftung des Verpflichteten für die Erfüllung des Anspruchs geltend.

Bewirken diese Einreden somit lediglich eine Minderung der Haftung des Schuldners, so führen sie dementsprechend auch zu einer Einschränkung der Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts. Derjenige Teil des Anspruchs, dessen Erfüllung verweigert werden kann, kann natürlich einem Zurückbehaltungsrecht nicht zur Grundlage dienen. Wegen des Restbetrages kann dagegen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden. Es ist daher ungenau, wenn Langheineken S. 330 § 19 sagt:

„Das Zurückbehaltungsrecht wird zerstört durch eine Kürzungseinrede."

γ 1. Besonders bestritten ist es, ob ein Retentionsrecht wegen verjährter Forderungen Platz greifen kann.

α 2. Die Wirkung der Verjährung einer Forderung ist nach gemeinem Recht und BGB. die Verjährungseinrede, die als solche, wie aus den obigen Erörterungen erhellt, die Fälligkeit der Forderung unberührt läßt.[4])

Aus einer durch die Verjährung bewirkten Beeinflussung der Forderung im Sinne der Nichtfälligkeit kann also der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bei verjährten Ansprüchen nicht gefolgert werden.

Es fragt sich, ob nicht aus andern Gründen angenommen werden muß, daß die dem Gegenanspruche des Schuldners entgegenstehende Verjährungseinrede den Ausschluß des Retentionsrechts herbeiführt.

---

[1]) vgl. Suppes S. 24.

[2]) Langheineken bezeichnet sie als Kürzungseinreden; Langheineken S. 330.

[3]) vgl. hierzu Kipp, Zusätze Bd. 1 S. 181.

[4]) Dies beweist für unser heutiges Recht noch besonders ein Vergleich des § 223 Abs. 1 BGB. mit § 1228 Abs. 2 BGB. Auch nach den römischen Quellen (vgl. l. 17 § 2 C. de praescript. XXX. ann. 7, 49) blieben Pfandansprüche trotz Verjährung der Forderung bestehen; auch nach gemeinem Rechte wurde aber zum Pfandverkaufe Fälligkeit der versicherten Forderung verlangt; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 281, 1 a.

Es bedarf eines kurzen Eingehens auf die Lehre von der Verjährung.

Sowohl nach gemeinem Rechte (l. 5 § 6 D. 44, 4), wie BGB. (§ 194) unterliegen der Verjährung nur Ansprüche. Einreden sind unverjährbar.[1])

Allein ist ein Anspruch verjährt, so wird hierdurch auch unter Umständen die aus ihm resultierende Einrede berührt. Ist nämlich ein obligatorischer Anspruch verjährt — nur dieser kommt für uns in Betracht, da ja der Gegenanspruch des Retinenten stets eine Forderung sein muß —, so ist hiermit auch die Einrede erloschen,[2]) falls sich diese lediglich darstellt als Geltendmachung des Anspruchs in Form der Verteidigung.[3])

Anders verhält es sich jedoch, wenn die Einrede nicht lediglich auf dem obligatorischen Anspruche beruht, ihr vielmehr eine selbständige, von dem obligatorischen Anspruche unabhängige Existenz zukommt.[4])

In diesem Falle wird die Einrede von der Anspruchsverjährung nicht ergriffen.

β 2. Man kann darüber streiten, ob der Retentionseinrede eine vom obligatorischen Anspruch unabhängige, selbständige Existenz zuzuerteilen ist; aber selbst wenn man mit Enneccerus Bd. 1 § 140 IV S. 352 f. der Ansicht ist, der Retentionseinrede komme eine selbständige Bedeutung zu, so sind doch andererseits Erwägungen zu berücksichtigen, die den Ausschluß des Retentionsrechts bei verjährten Forderungen gerechtfertigt erscheinen lassen.

Das Retentionsrecht ist Zwangsmittel; nach gemeinem Recht und BGB. gilt als Grundsatz, daß die Befriedigung verjährter Forderungen nicht erzwungen werden kann; durch die Bewilligung eines Zurückbehaltungsrechts bei verjährten Ansprüchen würde demgemäß gegen dieses Prinzip gröblich verstoßen werden.

---

[1]) So auch Windscheid, Pand. Bd. 1 § 112 S. 500; Kipp, Zusätze Bd. 1 S. 502; Crome Bd. 1 § 114 Anm. 3 S. 504, 505; Mot. Bd. 1 S. 291 ff.; Renmann ad § 194 Note 2 a.

[2]) Da es ein Leistungsverweigerungsrecht nach gemeinem Recht und BGB. nur gegenüber Ansprüchen gibt, kann man nicht sagen, die Einrede sei durch die materiellrechtliche Einrede der Verjährung gehemmt; die Einrede erlischt vielmehr durch die Verjährung des Anspruchs. Uebereinstimmend: Langheineken S. 183.

[3]) Die Verjährung eines dinglichen Anspruchs ist ohne Einfluß auf das zugrunde liegende dingliche Recht; die aus dem dinglichen Rechte resultierende Einrede kann infolgedessen nicht erlöschen. Diese von Windscheid, Pand. Bd. 1 § 112 S. 320 für das gemeine Recht angenommene Unterscheidung wird bekämpft von Dernburg, Pand. Bd. 1 § 150: nach ihm erlöschen Einreden durch die Verjährung des Anspruchs grundsätzlich überhaupt nicht; derselben Ansicht ist er für unser heutiges Recht; vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 182 VI S. 536; ebenso Staudinger ad § 194 Ziff. 8 S. 465: „Der Bestand der Einrede wird grundsätzlich und regelmäßig auch dadurch nicht berührt, daß der Anspruch, aus dem sie sich herleitet, verjährt." Der Windscheidschen Ansicht schließt sich für unser heutiges Recht an Langheineken S. 179.

[4]) So für das gemeine Recht Windscheid, Pand. Bd. 1 § 112 Nr. 500 und RG. Bd. 2 S. 159; für unser heutiges Recht: Kipp, Zusätze Bd. 1 S. 502, 503; Enneccerus Bd. 1 § 140 IV S. 352 ff.; Langheineken S. 179.

Hinzu kommt noch eine andere Erwägung, aus der ein Argument für den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bei verjährten Forderungen gewonnen werden kann. Die beiden Forderungen, die dem Zurückbehaltungsrechte zugrunde liegen, sind in ihrem Bestande von einander gänzlich unabhängig. Ein gemeinsames kontraktliches Band, wie es die Forderungen bei gegenseitigen Verträgen zusammenhält, fehlt hier gänzlich. Beide Ansprüche entstehen denn auch regelmäßig zu verschiedenen Zeiten. Ueberaus häufig wird es unter diesen Umständen der Fall sein, daß keine der beiden Parteien von dem Bestehen eines konnexen Gegenanspruchs irgend etwas weiß. Der Inhaber der Gegenforderung wird sich bei ihrem Existentwerden regelmäßig nicht bewußt sein, daß er die Möglichkeit haben wird, diesen seinen Gegenanspruch einmal zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts benutzen zu können.

Erst wenn er zur Befriedigung seiner Schuld angehalten wird, wird er sich auf etwaige konnexe Gegenansprüche besinnen und sie zur Berücksichtigung geltend machen. Bei dieser Sachlage wäre es nun aber offenbar unbillig, könnte sich jetzt der Schuldner auf längst verjährte Forderungen berufen, an deren Befriedigung er offenbar nur geringes Interesse hat, denn anderenfalls würde er ja längst ihretwegen klagend vorgegangen sein; es läge hierin eine durch nichts zu rechtfertigende Benachteiligung des Gläubigers zugunsten des Schuldners.[1])

Gegen die Zulassung eines Retentionsrechts bei verjährten Forderungen auch Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 123 Note 7, obwohl er grundsätzlich durch die Verjährung des Anspruchs die aus ihm resultierende Einrede unberührt bleiben läßt; vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 182 VI S. 536.

Zweifelnd äußert sich Endemann Bd. 1 § 126 Note 17 S. 712: „Ob eine verjährte Forderung zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts genügt, scheint mir zweifelhaft."

Für die Zulassung eines Retentionsrechts bei verjährten Forderungen sind die meisten: Außer Enneccerus a. a. O.; Staudinger ad § 273 Ziff. 4; Scholl meyer ad § 273 Note 2a S. 90.

γ 2) Mit mir im Resultat übereinstimmend auch Langheineken S. 179, 330. Die Art der Begründung seines Standpunktes dürfte jedoch nicht haltbar sein. Er meint S. 179: „Die Einrede muß grundsätzlich kraftlos werden, wenn sie einem Anspruche auf Aufhebung des mit ihr behafteten Anspruchs korrespondiert (denn jener Anspruch und die Einrede sind beide gegen diesen Anspruch gerichtet), während sie in den übrigen Fällen ihre volle Wirksamkeit bewahrt. Letzteres trifft zu bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320), nicht aber, und zwar aus einem besonderen in § 19 II S. 330 zu entwickelnden Grunde bei der Einrede des Zurückbehaltungsrechts." Dieser besondere Grund ist nun nach Langheineken S. 330 das Erfordernis der Fälligkeit des Gegenanspruchs

[1]) vgl. auch die sich auf die Wirksamkeit der Verjährung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beziehenden Ausführungen auf S. 142 a. E. u. f.

des Schuldners; diese werde durch die Verjährungseinrede zerstört. Es ist aber zu bedenken, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht minder einen fälligen Anspruch auf seiten des Schuldners voraussetzt wie die Retentionseinrede. Abgesehen hiervon ist aber auch die Annahme Langheinekens, die Verjährungseinrede bewirke die Nichtfälligkeit der Forderung, nicht richtig. Aus der Begründung Langheinekens folgt jedenfalls nichts gegen die Wirksamkeit eines Zurückbehaltungsrechts bei verjährten Gegenansprüchen.

Wenn Rehbein Bd. 2 S. 91 ausführt: „Verjährte Forderung ist nicht klagbar, aber nicht bloß erfüllbar (§ 222) und aufrechenbar (§ 390 S. 2), sondern auch Grundlage von Anerkenntnis und Sicherheitsleistung (§ 222 Abs. 2) und folgerecht auch der Einrede aus 273", so ist diese Folgerung durchaus nicht zwingend. Da die Verjährung ja lediglich das Recht erzeugt, die geschuldete Leistung zu verweigern, so besteht natürlich auch kein Hindernis, die an sich geschuldete Leistung zu bewirken, die Schuld anzuerkennen und für sie Sicherheit zu leisten. Alle diese Handlungen können jedoch nur freiwillig ausgeübt werden; der Schuldner kann zu ihnen nicht gezwungen werden; dem Retentionsrecht ist nun aber gerade die Zwangsfunktion eigentümlich. Eine Folgerung aus § 390 S. 2 zu ziehen, ist m. E. vollends verfehlt. Es handelt sich hier um eine Ausnahmevorschrift, die von der 2. Kommission aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen[1]) aufgenommen ist; erhellt schon aus diesem Grunde die Unmöglichkeit einer analogen Anwendung,[2]) so spricht gegen die Analogie ferner auch der Umstand, daß sich Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung ihrem ganzen Wesen nach durchaus von einander unterscheiden.

Regelsberger begründet in Iherings Jahrbuch Bd. 41 S. 332 ff. ausführlich die Zulässigkeit eines Retentionsrechts trotz eines verjährten Gegenanspruchs. Gegen seine Beweisführung ist jedoch m. E. manches einzuwenden. Er unterscheidet scharf den Fall des § 273 Abs. 1 BGB. von den Fällen des § 273 Abs. 2 BGB. und meint, zwischen den Gründen der Leistungsverweigerung aus § 320 BGB. und § 273 Abs. 1 BGB. bestehe eine „innere Verwandtschaft"; diese sei stark genug, um auch die Einrede aus § 273 Abs. 1 BGB. trotz Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs als zulässig zu erkennen, wie ja auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch die Verjährung nicht berührt werde.

Dieses für den Fall des § 273 Abs. 1 gefundene Prinzip darf aber nun nicht ohne weiteres auf die Fälle des § 273 Abs. 2 ausgedehnt werden; denn „dort haben Anspruch und Gegenanspruch eine einheitliche Rechtsgrundlage, hier hängen sie nur durch den Umstand zusammen, daß der Gegenanspruch seinen Grund in dem Gegenstande hat, auf dessen Herausgabe der Anspruch gerichtet ist". „Es bedarf daher die Frage einer selbständigen Untersuchung, ob das Zurückbehaltungsrecht wegen

---

[1]) vgl. Protokolle S. 362—364.
[2]) Für eine solche ist Suppes S. 25.

Verwendungen oder Schadensverursachung durch die Verjährung des Anspruchs ausgeschlossen wird." Das Resultat der selbständigen Untersuchung ist: „Beim Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen oder Schadensverursachung sucht der Berechtigte seine Befriedigung mittelst des Gegenstandes zu erzwingen, der seinen Anspruch verursacht hat; nach volkstümlicher Anschauung klebt der Anspruch an dem Gegenstande. Darum kann die Befriedigung jedem gegenüber gefordert werden, der die Herausgabe des Gegenstandes verlangt. Dies alles führt auf das Ergebnis hin, daß dieses Zurückbehaltungsrecht von der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs nicht ergriffen wird." [1])

Auf diese Ausführungen ist zu erwidern: Die von Regelsberger vorgenommene Unterscheidung der Retentionsrechtsfälle des § 273 Abs. 1 von den Fällen des § 273 Abs. 2 ist, wie später zu begründen, zu verwerfen; folglich kann auch die Frage, ob ein Retentionsrecht bei verjährten Ansprüchen zu bewilligen ist, für alle Retentionsrechtsfälle nur einheitlich beantwortet werden. Insbesondere ist aber die Gleichstellung der Einrede aus dem § 273 Abs. 1 BGB. mit der Einrede aus § 320 BGB. in keiner Weise gerechtfertigt, wie noch später darzulegen sein wird. Ist nun aber auch eine Uebertragung der für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltenden Grundsätze auf die Retentionseinrede nicht gänzlich ausgeschlossen, [2]) so lassen sich doch gerade von dem Einflusse der Verjährung des Anspruchs auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages keinerlei Rückschlüsse machen auf die Wirkung der Verjährung auf die auf dem Gegenanspruche des Schuldners beruhende Retentionseinrede, denn es sind besondere aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, der Grundlage der exceptio non adimpleti contractus, folgende Gründe, die die Möglichkeit der Geltendmachung der Einrede trotz Verjährung des Anspruchs rechtfertigen.

Wenn Regelsberger ferner annimmt, der Gegenanspruch wegen Verwendungen oder Schadensverursachung klebe an dem Gegenstande der Retention, von jedem, der den Gegenstand verlange, könne also Befriedigung verlangt werden, demgemäß sei auch das Retentionsrecht des § 273 Abs. 2 von der Verjährung des zugrunde liegenden Anspruchs nicht ergriffen, so dürfte diese Schußfolgerung in keiner Weise zwingend sein; im übrigen erledigt sich aber diese Beweisführung ohne weiteres mit dem Hinweis auf den Umstand, daß es einen vom Retentionsrechtsfalle des § 273 Abs. 1 juristisch verschiedenen Retentionsrechtsfall des § 273 Abs. 2 nicht gibt.

5. Luden § 26 redet von einer analogen Anwendung des für die Aufrechnung geltenden Erfordernisses der Liquidität des Gegenanspruchs (vgl. 14, 1 C. de cerupens. 4, 31) auf die Retentionseinrede. Von einer derartigen Analogie kann jedoch nach der Feststellung des Verhält-

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 333.

[2]) § 320 Abs. 2 kann, wie wir sehen werden, sehr wohl auf die Retentionseinrede analoge Anwendung finden.

nisses von Aufrechnung und Retention[1]) nicht die Rede sein.[2]) Die ganze Frage ist im wesentlichen[3]) eine rein prozessualische. Im Prozesse kann sie unter Umständen von Bedeutung sein; man denke an den Urkundenprozeß. Diese gemeinrechtlichen Grundsätze gelten auch nach heutigem Recht.[4])

6. Daß auf den Gegenstand der Forderung nichts ankommt, ist im gemeinen Recht[5]) und heute niemals bestritten worden; insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Gegenstand der Forderung des Schuldners von derselben Art ist, wie der der Forderung des Gläubigers; es wird sich im Gegenteil der Schuldner des Retentionsrechts gerade dann bedienen, wenn die Gegenstände des Anspruchs und Gegenanspruchs ungleichartig sind, denn bei Gleichartigkeit beider Forderungen wird ihm die Kompensation ein viel einfacheres Mittel sein, zur Befriedigung zu gelangen.

7. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob das Retentionsrecht bei gleichartigen Forderungen überhaupt Platz greifen kann, ob es nicht vielmehr dem einfacheren Befriedigungsmittel der Kompensation zu weichen hat.

Im gemeinen Recht ist man sich fast durchweg einig in der Verneinung der Möglichkeit eines Retentionsrechts bei Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung, da ja dem Retinenten der Grundsatz entgegenstehe: dolo facit, qui petit quod redditurus est; so Langfeld S. 114, Cramer S. 415 u. 423; nach Dernburg, Kompensation S. 371 geht das Retentionsrecht ohne weiteres in eine Kompensation über. Denselben Standpunkt vertritt Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 127 für unser heutiges Recht; er sagt a. a. O.: „Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten." Diese steht dann aber nach Dernburg nicht unter den allgemeinen Regeln der Aufrechnung; sie ist also unpfändbaren Forderungen gegenüber gestattet.

Meines Erachtens kann sowohl nach BGB. wie nach gemeinem Recht keine Rede davon sein, daß sich im Falle des Gegenüberstehens kompensabeler Forderungen die Retentionseinrede ohne weiteres zur Kompensation gestalte. Die Wirkung der Kompensation kann doch nur dann eintreten, wenn der Schuldner seinen Willen, zu kompensieren, unzweideutig zu

---

[1]) vgl. oben S. 18.

[2]) So auch Schenck S. 128 ff.; Goldschmidt § 94 Note 19; Groskopff S. 89 ff.; Langfeld S. 117.

[3]) Nebenbei sei bemerkt, daß die Frage im gemeinen Recht auch insofern materiellrechtliche Bedeutung hatte, als die Zulässigkeit der Sicherheitsleistung in der älteren Literatur vielfach abhängig gemacht wurde von der Illiquidität des schuldnerischen Anspruchs: vgl. Schenck § 90.

[4]) Dernburg, Bürgl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. § 57 II S. 123. Im Gegensatze zum BGB. erforderte das ALR. I, 20 § 541 Liquidität; die Forderung muß nach preuß. Rechte soweit bescheinigt sein, als zur Vollziehung eines Arrestes erforderlich ist.

[5]) vgl. Goldschmidt § 94 S. 972.

erkennen gibt. Dies gilt nach gemeinem Recht[1]) und vollends nach BGB. Da die Aufrechnungserklärung nach heutigem Recht als rechtsgeschäftliche Willensäußerung aufzufassen ist, wird man sich beim Gegenüberstehen aufrechenbarer Forderungen nur dann für die Aufrechnung entscheiden können, wenn auf seiten des Schuldners ein auf ihre Herbeiführung gerichteter Wille unzweifelhaft anzunehmen ist.

Für die Zulassung eines Retentionsrechts bei gleichartigen Ansprüchen sprechen auch Billigkeitserwägungen. Es ist sehr wohl möglich, daß der Schuldner gerade an der Retention ein besonderes Interesse hat; dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn er die vorläufige Aufrechterhaltung seiner Gegenforderung beabsichtigt, um über sie noch verfügen, sie z. B. zedieren zu können. Wir sehen, daß Leistungen Zug um Zug trotz ihrer Gleichartigkeit sehr wohl einen Sinn haben können.[2]) Dem entspricht es auch, daß nach heutigem Recht[3]) dem Gläubiger die Möglichkeit fehlt, durch Geltendmachung der Kompensation die dem Schuldner zustehende Retentionseinrede unwirksam zu machen. „Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden" (§ 390 BGB.); folglich auch nicht eine Forderung, der gegenüber die Retentionseinrede zulässig ist. Man könnte entgegenhalten, daß die Befriedigung seines Gegenanspruchs, die der Retinent durch die Retention mittelbar erstrebt, im Wege der Kompensation auf viel einfachere Weise erwirkt werde, daß demnach die Retentionseinrede der Kompensation zu weichen habe. Allein nach den obigen Erwägungen muß dem Schuldner die Retentionseinrede erhalten bleiben. Natürlich ist für die Rechtsausübung des Schuldners kein Raum, wenn sie lediglich den Zweck hat, dem Gläubiger zu schaden; die Anwendung des § 226 BGB. kann hier unter Umständen praktisch werden.

Auch bei Geldleistungen kann es, wie wir sahen, sehr wohl zu einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kommen. Wird nun aber jenes Urteil vollstreckt, so braucht jetzt der Gerichtsvollzieher nicht erst gemäß § 756 ZPO. dem Schuldner die Geldleistung anzubieten, um das Geleistete sofort wieder zurückzuempfangen; ohne Aufführung dieser „zweck-

---

[1]) Dieselbe Ansicht vertritt auch das RG. Bd. 4 S. 145 ff.; auch Goldschmidt § 94 S. 974 erkennt die Möglichkeit, bei gleichartigen Forderungen die Retentionseinrede vorzuschützen, an.

[2]) Mit Verf. im Resultate übereinstimmend Lippmann in Iherings Jahrb. Bd 43 S. 540; vgl. auch Pappenheim in der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. S. 90: „Es liegt auf der Hand, daß auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts der Klage gegenüber nicht als Abgabe einer Aufrechnungserklärung behandelt werden kann, und zu einem dementsprechenden Urteil führen kann. Es wird daher auch in diesem Falle bei einer Verurteilung nach Maßgabe des § 274 sein Bewenden haben müssen." Ähnlich Burchard in der D. Juristenztg. 5. Jahrg. S. 262 ff.; Langheineken S. 329.

[3]) Nach gemeinem Recht hindert nur das Entgegenstehen einer peremtorischen Einrede die Aufrechnung; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 176 § 63 I, 2; der Gläubiger konnte also nach gemeinem Recht durch Vorschützen der Kompensationseinrede das Retentionsrecht des Schuldners zum Erlöschen bringen.

losen Komödie“ [1]) kann er ohne weiteres eine Abrechnung vornehmen, die jedoch nicht als Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. BGB. zu charakterisieren ist. Infolgedessen kann es sich hier auch nicht um eine Ausnahme von § 394 S. 1 BGB. handeln, wenn jene Abrechnung auch bei Unpfändbarkeit der Forderung des Gläubigers vorgenommen werden sollte;[2]) daß aber ein Retentionsrecht auch unpfändbaren Ansprüchen gegenüber ausgeübt werden kann, wird unten [3]) dargelegt werden. Hier werden wir auch sehen, daß die Möglichkeit der Ausübung eines Retentionsrechts bei gleichartigen Forderungen noch aus einem besonderen Grunde anerkannt werden muß. Denn wird dem Schuldner als Ersatz für seine fehlende Kompensationsbefugnis gegenüber unpfändbaren Forderungen ein Retentionsrecht bewilligt, so ist hiermit auch zugleich zum Ausdruck gebracht, daß die Zulassung eines Retentionsrechts bei gleichartigen Forderungen unerläßlich ist.[4])

c) Die Beziehungen beider Ansprüche zueinander.

1. Wie bereits an anderer Stelle hervorgehoben, gleichen sich Kompensation und Retention darin, daß sie Gegenseitigkeit der Forderungen verlangen. Der Gläubiger muß nicht nur zur Forderung berechtigt, sondern auch zur Leistung an den Schuldner verpflichtet sein, und der Schuldner muß neben seiner Verpflichtung ein Forderungsrecht gegenüber dem Gläubiger haben.

Wichtige Ausnahmen von diesem Grundsatze werden wir jedoch unten [5]) kennen lernen.

2. *a*) Muß denn nun stets ein Retentionsrecht anerkannt werden, wenn sich zwei fällige rechtsgültige Forderungen gegenüberstehen? Sicherlich nicht! Sind beide Forderungen gleichartig, wird regelmäßig Kompensation eintreten, ohne jedoch, wie dargelegt, die Möglichkeit der Geltendmachung eines Retentionsrechts auszuschließen. Wie aber, wenn beide Forderungen ungleichartig sind? Es liegt nahe, in diesem Falle, gewissermaßen als Ersatz der fehlenden Kompensation, ein Retentionsrecht eintreten zu lassen. In der Tat stehen die bei Schenck § 41 Note 2 zitierten älteren Schriftsteller auf diesem Standpunkte. Die unbilligen Konsequenzen, zu denen dieser mit Notwendigkeit führen muß, lassen es gerechtfertigt erscheinen, daß er in der neueren Doktrin keinen Verteidiger gefunden hat. Nach ihm könnte z. B. der Depositar einen wertvollen Gegenstand bis zur Befriedigung irgendeiner beliebigen ihm gegen den Deponenten zustehenden Geldforderung verweigern. Irgendwelche Unbilligkeiten sollten

---

[1]) Pappenheim a. a. O. S. 90.
[2]) So auch Pappenheim a. a. O. S. 70.
[3]) S. 111 ff.
[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 177 zieht allerdings die Folgerung nicht. Die Zulassung der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Ansprüchen widerstreitet jedoch dem Gesetz.
[5]) S. 80/81.

aber gerade durch die Gestattung der Retention vermieden werden. Denn unleugbar enthält das Retentionsrecht an sich gegen den Gläubiger eine gewisse Härte, es berechtigt den Schuldner zur vorläufigen Nichttilgung seiner Schuld. Es ist ohne weiteres klar, daß die Rechtsordnung diese weitgehenden Befugnisse einem Schuldner nur dann zuerkennen kann, wenn ihre Billigung von den Grundsätzen der Gerechtigkeit geradezu verlangt wird. Etwa von diesen Erwägungen dürfte sich auch Savigny, Die Lehre vom Besitz § 3, haben leiten lassen bei seiner Charakterisierung der juristischen Natur des Retentionsrechts als exceptio doli, die sich von andern Anwendungen dieser exceptio nur faktisch und zufällig unterscheide. Hiermit rechtfertigt er nur dann die Anerkennung des Zurückbehaltungsrechtes, wenn sie Billigkeitsrücksichten erfordern.

Langfeld[1]) widersetzt sich dieser Zurückführung des Retentionsrechts auf dies allgemeine Billigkeitsprinzip; nach ihm findet sich bei jedem der einzelnen Retentionsrechtsfälle ein charakteristisches Moment, das das Retentionsrecht rechtfertigt. Allerdings muß auch Langfeld S. 95 zugeben, daß die Ansicht Savignys insofern an den Quellen eine gewisse Stütze findet, als den in ihnen aufgeführten einzelnen Retentionsrechtsfällen unverkennbar der gemeinsame Gedanke zugrunde liegt, es widerspreche den Grundsätzen der Billigkeit, wenn der Gläubiger fordere, ohne selbst seine Leistungspflicht zu erfüllen. Geltend gemacht wurde ferner das Retentionsrecht im römischen Formularprozeß meistenteils mit der exceptio doli: vgl. l. 1 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6; l. 21 D. sol. matr. 24, 3; l. 28 D. de nox. act. 9, 4; l. 21 D. ad S. C. Trebell. 36, 1 u. a. Stellen.

Von den mannigfachen Versuchen der Schriftsteller, aus den allenthalben im corpus iuris zerstreuten Stellen ein allen Retentionsrechtsfällen eigentümliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden Forderungen abzuleiten, hat die Lehre Ludens und Groskopffs die wenigsten Anhänger gefunden. Die völlige Unhaltbarkeit der Theorie Ludens ist unzweifelhaft. Daß auch Groskopffs Anschauung: „ein Retentionsrecht sei nur da anzuerkennen, wo der Besitzer die Restitution der Sache so lange verweigern darf, bis ihm das seinige, welches in der Sache steckt und er faktisch noch mit der Sache in Händen hat, von andern gegen deren Herausgabe herausgekehrt wird“[2]) die Retentionsbefugnis durchaus unberechtigterweise viel zu sehr einengt, ist ebenfalls bereits dargelegt.

Mehr Beachtung verdienen die Schriftsteller,[3]) die das allen Retentionsrechtsfällen zugrunde liegende Prinzip in der sogen. „Konnexität“ beider Forderungen erblicken.

---

[1]) S. 96, 97.

[2]) Groskopff § 19.

[3]) Von der älteren Literatur s. die bei Schenck § 41 Note 1 Zitierten; vgl. weiter Schenck §§ 41 ff.; Goldschmidt § 94 zu Note 22 ff. u. 31 ff. S. 947; Dernburg, Kompensation S. 360, Pand. Bd. 1 S. 322; Kramer S. 320 ff. u. S. 423 ff.

Was jedoch unter Konnexität zu verstehen ist, wird von fast jedem Schriftsteller anders beantwortet. Sehr unbestimmt faßt Schenck § 41 S. 133 den Begriff: „Man versteht darunter ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnis der Forderung zu der res retinenda." Er stellt dann vier Kategorien auf, unter die er die verschiedensten Fälle subsumiert, in denen ein solches „Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältnis" vorhanden ist.

Dernburg, Pand. I S. 321 sieht den Grund des Retentionsrechts in „der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der beiden Gegenansprüche".

Präziser definiert Kramer S. 320 und S. 423 ff. die Konnexität; er hält sie stets dann für gegeben, wenn Anspruch und Gegenanspruch auf „demselben Rechtsverhältnisse" beruhen. „Die Aufstellung von Kategorien erscheint als überflüssig." Am brauchbarsten dürfte die Begriffsbestimmung Goldschmidts S. 974 sein. Er hält die Konnexität für gegeben, wenn „Recht des Klägers und Gegenanspruch des Beklagten einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, die nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden". „Eine gewollte Einheit ist nun nicht nur dann vorhanden, wenn sie kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung geschaffen ist, sondern insbesondere auch dann, wenn dieser Wille um deswillen vorausgesetzt werden muß, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstoßen würde."

Die drei Kategorien, in denen nach Goldschmidt eine natürliche Verbindung vorhanden ist, sind von Interesse, da die in ihnen enthaltenen drei Hauptanwendungsfälle sich im wesentlichen im BGB. wiederfinden; sie seien hier genannt:

a) „Der Anspruch ist auf Herausgabe einer Sache oder eines Vermögenskomplexes gerichtet, der Gegenanspruch auf Vergütung dessen, was von dem Vermögen des Beklagten in diese Sache oder in diesen Vermögenskomplex verwandt ist.

b) Anspruch und Gegenanspruch entspringen aus demselben obligatorischen Verhältnis, mögen zur Geltendmachung actiones directae und contrariae oder actiones mutuae zustehen.

c) Der Schuldner hält eine Sache zurück wegen eines durch sie verursachten Schadens."

Durch besondere Klarheit und Schärfe zeichnet sich eigentlich keine der genannten Definitionen aus. Was Wunder, daß sich bald heftiger Widerspruch gegen die Aufstellung eines einheitlichen Prinzips erhob! Man stützte sich auf die Retentionsrechtsfälle der Quellen, deren Unterordnung unter ein oberstes Prinzip unmöglich sei. So kommt Langfeld S. 108 zu dem Schluß: „Für die einzelnen Anwendungsfälle des Retentionsrechts wird der besondere Rechtsgrund nachzuweisen sein." „Es bleibt daher nur übrig, die einzelnen Fälle des Retentionsrechts einer besonderen Untersuchung zu unterziehen und dann zu fragen, ob etwa die für einen Fall gefundenen Resultate auch auf andere Fälle Anwendung finden": so Seufferts Arch. XXIII Nr. 8, ähnlich eod. XXIV Nr. 105. Derselben Meinung sind auch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 351 Note 9

und Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 271. Windscheid wendet sich vor allem gegen Goldschmidts Definition des Begriffs der Konnexität. „Also soll bona fides unbedingte Entscheidungsquelle für das richterliche Urteil sein? Heißt das nicht, der Richter habe schlechthin nach der Billigkeit zu entscheiden?"

Diejenigen, die das Erfordernis der Konnexität verwerfen, pflegen sich zum Beweise der Richtigkeit ihrer Ansicht zu berufen auf das pignus Gordianum,[1]) beruhend auf der l. un. Cod. etiam ob chirogr. pec. 8, 27, einem Reskripte Kaiser Gordians. Es wird hier dem Pfandgläubiger nicht nur wegen der durch das Pfand gesicherten, sondern auch wegen Forderungen, für die das Pfand als solches nicht haftet, das Recht der Retention[2]) des Pfandgegenstandes bis zur empfangenen Befriedigung aller Forderungen erteilt. Die Verteidiger des Erfordernisses der Konnexität sehen zum Teil in diesem eigentümlichen Retentionsrecht einen „Fall positiver, von dem Gesetz geschaffener Konnexität",[3]) oder aber eine willkürliche positive Bestimmung.[4]) Allein der Nachweis, das pignus Gordianum sei lediglich eine Anwendung der Regel, dürfte Goldschmidt (S. 979) wohl gelungen sein.

Er sieht in ihm einen Fall, in dem nach seiner Definition des Begriffs der Konnexität eine gewollte Einheit der Rechtsverhältnisse vorliegt. Es ist ihm auch wohl darin zuzustimmen, daß hier das Retentionsrecht auf den Willen der Parteien zurückzuführen ist. Die Parteien verabreden stillschweigend: das Pfandobjekt haftet zwar in erster Linie für die Forderungen, für die es ausdrücklich bestellt ist; sollten jedoch dem Pfandgläubiger noch andere Forderungen zustehen, so darf bis zu deren Befriedigung das Pfand retiniert werden. Weiter soll auf dies eigentümliche Retentionsrecht nicht eingegangen werden, zumal in das BGB. nichts von ihm übergegangen ist.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Ansicht der Gegner des Konnexitätsbegriffs allein den Quellen entspricht, ob die Aufstellung des Erfordernisses der Konnexität „nichts anderes sei als ein Stück konserviertes Naturrecht".[5])

Herrschend ist ihre Auffassung jedenfalls nie gewesen, weder in der Theorie noch in der Praxis. Vor allem hielt letztere[6]) an der Konnexität fest; es ist dies leicht erklärlich. Der Konnexitätsbegriff bot ihr ein bequemes Mittel, ohne langwierige Quellenuntersuchungen, wie sie ja von

---

[1]) So Luden S. 94.

[2]) Daß es sich um ein Retentionsrecht handelt, nehmen alle Schriftsteller an außer Groskopff (S. 70, 71); er meint, der Kläger werde hier infolge der exceptio doli mit seiner Klage abgewiesen; es könne daher hier von einem Retentionsrecht keine Rede sein. Die Verfehltheit der Ansicht Groskopffs ist von Langfeld nachgewiesen; vgl. oben S. 38 Note 5.

[3]) So Schenck S. 242.

[4]) So Kramer S. 428.

[5]) Bekker in Iherings Jahrbuch Bd. 30 S. 271.

[6]) vgl. u. a. Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 28, 9 Nr. 279, 24 Nr. 105, 31 Nr. 7, 38 Nr. 338; ferner RG. Bd. 14 S. 223; Bd. 22 S. 215.

den Gegnern verlangt wurden, im einzelnen Falle die Zulässigkeit einer Retentionsbefugnis rasch festzustellen. Auch den Bedürfnissen des Verkehrs wurde durch das Festhalten an genanntem Prinzip sicherlich am ehesten Rechnung getragen. Die verschiedenen Retentionsrechtsfälle, wie sie das praktische Leben in bunter Menge bietet, für die in den römischen Quellen häufig keine Analogien gefunden werden können, ließen sich dem umfassenden Begriffe der Konnexität leicht unterordnen. Das Bestreben der Schriftsteller, dem Begriffe der Konnexität durch Aufstellung von Kategorien[1]) einen konkreteren Inhalt zu geben, konnte seiner Anerkennung nur förderlich sein.

β) Die Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfes eines BGB. konnte bei Normierung des Zurückbehaltungsrechts zwei Wege einschlagen. Entweder billigte sie dem Schuldner nur in einzelnen besonders hervorgehobenen Fällen ein Retentionsrecht zu, oder sie stellte Bestimmungen allgemeiner Natur auf über die Zulässigkeit des Retentionsrechts. Der Gesetzgeber hat den letzteren Weg gewählt unter Verzicht auf eine doch immer unfruchtbare kasuistische Regelung des Retentionsrechts. Hatte er sich einmal zu einer generellen Behandlung des Retentionsrechts entschlossen, so war es für ihn das Natürliche, die bereits im gemeinen Recht ausgebildeten Grundsätze bei seiner Normierung zu verwerten. So ist denn auch die „Konnexität" der Forderungen als unbedingtes Erfordernis für die Zulassung des Retentionsrechts anerkannt. Das Gesetz sagt in § 273 Abs. 1: Hat der Schuldner „aus demselben rechtlichen Verhältnis", auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger . . . So formuliert das Gesetz mit wenigen Worten den Begriff der Konnexität. Der weite Inhalt des Begriffs läßt sich aus ihnen nicht ohne weiteres ersehen; Sache der Wissenschaft ist es daher, ihn näher zu bestimmen, d. h. die Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" eingehend zu interpretieren.

α) Wann beruhen zwei Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis?

Vor allem sind hier zu nennen alle Ansprüche aus unvollkommenen zweiseitigen Verträgen: So der Anspruch des Auftraggebers aus § 667 BGB., die Ansprüche des Beauftragten aus §§ 669, 670 BGB., die des Entlehners aus §§ 600 und 601, auch die Ansprüche des Verwahrers aus § 963.

Ferner sind hierhin zu rechnen Ansprüche einer Person, die, wenn sie auch nicht auf Vertrag beruhen, dennoch im Sinne des Gesetzes als konnex mit dem Anspruch des Gläubigers bezeichnet werden müssen, da sie eben mit letzterem auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, so der

[1]) vgl. Falkmann §§ 16 ff., der die einzelnen Retentionsrechtsfälle in fünf Gruppen; Schmid §§ 54 ff., der sie in vier Kategorien zusammenfaßt; Goldschmidt, der, wie oben dargelegt, drei Konnexitätsfälle kennt, in denen gemäß seiner Definition des Begriffs der Konnexität eine „natürliche Verbindung von Anspruch und Gegenanspruch" vorliegt.

Anspruch des Schuldners auf Erteilung einer Quittung (§ 368 BGB.);[1]) der Anspruch des negotiorum gestor auf Ersatz seiner Verwendungen (§ 683 BGB.); der Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen infolge Vorzugs des Gläubigers (§ 304 BGB.); der Anspruch auf Kostenvorschuß in § 403 S. 2, 798 S. 2, 800 S. 2, 779 Abs. 2, 811 Abs. 2 S. 2, 1023 Abs. 1, 1035 S. 4 BGB.

Als konnex im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB. gelten auch die Ansprüche des Rechtsanwalts auf Empfang seiner Gebühren und Auslagen und die Ansprüche des Auftraggebers auf Herausgabe der Handakten. Die RAO. § 32 Abs. 1 gestattet denn auch ausdrücklich dem Rechtsanwalt die Verweigerung der Herausgabe der Handakten bis zur Erstattung seiner Gebühren und Auslagen.

Allein wollte man hiermit das Anwendungsgebiet des Retentionsrechts auf diese Fälle beschränken, würde man die Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" bei weitem zu eng auslegen. Das Gesetz vermeidet absichtlich die Begriffsbestimmung Cramers: Beide Ansprüche müssen aus demselben „Rechtsverhältnis" entstanden sein. Um hiermit alle Fälle des Retentionsrechts zu decken, müßte der Begriff Rechtsverhältnis in einer solchen Allgemeinheit gefaßt werden, daß ihm jede praktische Bedeutung abginge. Dieser Cramer von Langfeld S. 98 gemachte Vorwurf würde auch den Gesetzgeber treffen. Der Begriff „rechtliches Verhältnis" ist also nicht identisch mit dem Begriffe „Rechtsverhältnis". Anderer Ansicht scheint Neumann Note I, 1 a ad § 273 S. 144 zu sein: „Es genügt ein beiden Ansprüchen gemeinsames Rechtsverhältnis." Mit Verfasser übereinstimmend jedoch Oertmann ad § 273 Note 1c: „Dieses (d. h. das rechtliche Verhältnis) ist nicht einfach identisch mit Rechtsverhältnis"; Langheineken S. 328 Note 1: „‚Aus demselben rechtlichen Verhältnis' ist weiter als ‚aus demselben Rechtsverhältnis'"; Buccerius S. 135 Note 32: „Nicht ‚Rechtsverhältnisse'!" Wie Verfasser auch Schlegelberger S. 87.

Unter welchen Umständen zwei Ansprüche noch als „auf demselben rechtlichen Verhältnis" beruhend, also noch als Konnex zu betrachten sind, sagt uns das RG. in Bd. 14 der Entscheidungen in Zivilsachen S. 231. Wenn auch die in Frage kommende lehrreiche Entscheidung noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts erlassen ist, so sind die in ihr bezgl. der Konnexität aufgestellten Grundsätze auch für unser heutiges Recht voll verwertbar.[2])

Der Inhalt der Entscheidung sei seiner Wichtigkeit wegen im wesentlichen wiedergegeben.

Durch drei selbständige Verträge sind einem Eisenbahnunternehmer die Arbeiten für Tunnel, für die Ausführung der Eisenbahnlinien, abgesehen von dem Tunnel, und endlich für die auf der Strecke vorkommen-

[1]) vgl. Neumann ad § 273 I, 1b. S. 230, ad § 368 Note 1 S. 281; Planck ad § 273 Note 1a S. 44; Schollmeyer ad § 273 Note 2bα; Oertmann ad § 273 Note 1c.

[2]) vgl. auch Planck ad 273 N. 1a.

den Maurerarbeiten übertragen worden. Nach dem Vertrage für die Ausführung der Eisenbahnlinien waren dem Unternehmer auch die für die Arbeitsgleise erforderlichen Oberbaumaterialien, namentlich Eisenbahnschienen mit Zubehör, zur Verfügung gestellt.

Hier wird angenommen, daß diese Oberbaumaterialien von dem Unternehmer auch für Ansprüche aus den beiden anderen Verträgen retiniert werden konnten, weil die drei Verträge, wenn auch formell voneinander unabhängig und getrennt, doch nur in einem solchen Verhältnis zueinander stehen, daß sie ein einheitliches rechtliches Verhältnis begründen. Erfordernis für die Konnexität der Forderungen ist demnach: „eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses, welche es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem andern eine Leistung verlangt, die von ihm geschuldete aber seinerseits nicht gewähren will" (ERG. Bd. 14 S. 234). Wie wir sehen, hat sich das RG. im wesentlichen die Begriffsbestimmung Goldschmidts zu eigen gemacht.

Für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit eines Retentionsrechtes sind also für das gemeine Recht und BGB. dieselben Gesichtspunkte ausschlaggebend. Auch nach heutigem Recht haben die Grundsätze von Treu und Glauben und die Verkehrssitte darüber zu entscheiden, ob zwei Ansprüche auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" beruhen.[1])

Demgemäß ist es vor allem Sache des Richters, im einzelnen Falle durch sorgfältige Prüfung der Umstände, unter Berücksichtigung der dargelegten Prinzipien zu beurteilen, ob zwei Ansprüche als konnex zu betrachten sind oder nicht.[2])

Die Entscheidung wichtiger Fragen ist hiermit allerdings dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben, und es ließen sich aus diesem Umstande vielleicht Zweifel an der Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses herleiten; man könnte auf dieses die von Windscheid[3]) an der Bestimmung des Begriffs der Konnexität durch Goldschmidt geübte Kritik übertragen. Demgegenüber ist jedoch zu betonen, daß im allgemeinen die Tendenz des BGB. dahin geht, dem Richter in seiner Beurteilung in weitem Umfange eine gewiße Freiheit und Selbständigkeit zuzugestehen.[4])

β 1) Gemäß der oben gegebenen Interpretation der Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" liegt Identität des rechtlichen Verhältnisses ebenfalls vor in den beiden in § 273 Abs. 2 und § 1000 BGB. (vgl. auch § 972 und 2022 BGB.) besonders erwähnten Retentions-

---

[1]) Von dieser Erwägung wird auch das Landgericht Dresden in einer Entscheidung vom 30. 10. 1900 ausgegangen sein, wenn es urteilt: „Der Dienstherr ist berechtigt, die vom Gesinde eingebrachten Sachen bis zur Bezahlung fälliger Schadenansprüche aus dem Dienstvertrage zurückzuhalten"; vgl. Soergel, Rechtsprechung 1900/01 ad § 273.

[2]) So auch Schlegelberger S. 88.

[3]) Pand. Bd. 2 § 351 Note 9.

[4]) vgl. Endemann Bd. 1 § 126 Ziff. 2 S. 710.

rechtsfällen. Denn keineswegs ist das Verhältnis des § 273 Abs. 2 zu § 273 Abs. 1 BGB. dahin zu bestimmen, daß im § 273 Abs. 2 zwei neue selbständige Fälle eines Retentionsrechts geschaffen werden sollen neben dem in § 273 Abs. 1 genannten Fall eines Zurückbehaltungsrechts. Würde man letzteres annehmen, müßte man vor allem den fraglichen Worten des § 273 Abs. 1 eine viel engere Interpretation zuteil werden lassen, was sich jedoch nicht empfehlen dürfte, da hiermit das Anwendungsgebiet des Retentionsrechts in nicht zu billigender Weise eingeengt würde; es bedeutete dies vor allem einen Rückschritt gegenüber dem gemeinen Recht; eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Retentionsrechts kann dem Verkehr nur zum Nachteil gereichen. Die hier vertretene Auffassung vom Verhältnis des § 273 Abs. 1 zu § 273 Abs. 2 findet eine Stütze in den Darlegungen der Mot. Bd. 2 S. 41. Wenn sie a. a. O. sagen: „Es wird an dem Erfordernis der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch („aus demselben rechtlichen Verhältnis") festgehalten" — und weiter: „Der Fall, wenn die Verpflichtung auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtet ist, werde besonders hervorgehoben in dem Sinne, daß hier immer das Retentionsrecht zustehen soll, weil hier immer Konnexität im Sinne des Gesetzes [nämlich Entstandensein der Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnis;[1]) der Verfasser] anzunehmen ist", so wird hiermit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß durch § 273 Abs. 2 keineswegs etwas Neues gegenüber dem § 273 Abs. 1 bestimmt werden soll. Die Vorschrift des § 273 Abs. 2 ist nur getroffen zur Hervorhebung der beiden Hauptanwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechts; es soll hiermit zur Beseitigung jeden Zweifels festgestellt werden, daß in den Fällen des § 273 Abs. 2 stets Anspruch und Gegenanspruch auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen.

Demgemäß umfaßt der Abs. 1 des § 273 die Fälle des Abs. 2 des § 273, insbesondere das in § 1000 besonders statuierte Retentionsrecht.[2]) Streng genommen hätte es also der Hervorhebung der beiden Retentionsrechtsfälle des § 273 Abs. 2 nicht bedurft; sie läßt sich nur insofern rechtfertigen, als sie jedem Zweifel bezgl. der Zulassung eines Retentionsrechts wegen Verwendungen oder wegen eines durch die Sache verursachten Schadens begegnet und einen vor allem der oft langwierigen Prüfung der Frage enthebt, ob in genannten Fällen Konnexität im Sinne des Gesetzes vorhanden ist, oder nicht.

γ 1) Der hier vertretenen Ansicht sind auch Landsberg Bd. 1 § 93 Ziff. 3b; Oertmann ad § 273 Ziff. 5 und Schlegelberger § 6 S. 84 ff. Landsberg sagt a. a. O.: „Die Ansprüche können aber auch auf einem und demselben Verhältnisse beruhen, ohne daß die Verwandtschaft so weit ginge, wie bei voller Gegenseitigkeit; man denke auch nur an das

---

[1]) vgl. die oben zitierten Worte: „Es wird an dem Erfordernis der „Konnexität . . ."

[2]) Daß jedoch gerade diese besondere Hervorhebung des Retentionsrechts ihre Berechtigung hat, ist an anderer Stelle dargelegt: S. 33.

Recht des zahlenden Schuldners auf Quittung, § 368." In Note 4 verweist er auf „einen andern derartigen Fall, unten § 101 II, 2"; hier heißt es (§ 101 II, 2): „Als mit einer solchen Verpflichtung auf einem und demselben Verhältnis beruhend gilt im Sinne der dadurch dem Schuldner erwachsenen Einrede des Zurückbehaltungsrechts jeder fällige Anspruch des Schuldners wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens."

Oertmann sagt a. a. O.: „Abs. 2 regelt einige besonders wichtige Fälle des Rückbehaltungsrechts. Auf welchem Grunde die Verpflichtung zur Herausgabe beruht, ist gleichgültig."

Schlegelberger meint S. 84: „Es kann der Nachweis geführt werden, daß die Zurückbehaltungsfälle des Abs. 2 auch ohne dessen Existenz nach Abs. 1 anzuerkennen sein würden, wenn man dem letzteren eine richtige und zwanglose Auslegung angedeihen läßt."

Im übrigen ist sich die Literatur bezgl. der hier erörterten Frage keineswegs einig. Zu verwerfen ist m. A. n. der Standpunkt Staudingers. Er meint ad § 273 Note 2: „Durch § 273 wird dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht in drei Fällen zugestanden:

1. Wegen eines fälligen konnexen Gegenanspruchs gegen den Gläubiger;
2. wegen gemachter Verwendungen auf einen herauszugebenden Gegenstand. Konnexität wird hier nicht erfordert;
3. wegen eines durch den herauszugebenden Gegenstand dem Herausgabepflichtigen verursachten Schadens."

Staudinger begeht einmal den Fehler, daß er drei selbständige Fälle des Retentionsrechts annimmt; seine Ansicht, nur im Falle sub II, 1 sei Konnexität erforderlich, ist ebenfalls durchaus irrig. Die Fälle des Abs. 2 von § 273 sind nichts als eine Anwendung des in Abs. 1 ausgesprochenen Prinzips.

Andere Schriftsteller erkennen zwar das Erfordernis der Konnexität auch in den Fällen des Abs. 2 von § 273 an, bestimmen jedoch das Verhältnis des § 273 Abs. 1 zu § 273 Abs. 2 dahin, daß sie drei bezw. zwei selbständige Fälle des Retentionsrechts annehmen. So meint Schollmeyer ad § 273: „Forderung und Gegenforderung müssen in unmittelbarer Beziehung zu einander stehen. Das Gesetz erkennt sie nur in folgenden drei, auch gemeinrechtlich allgemein anerkannten Fällen an:

α) Wenn Anspruch und Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis hervorgegangen sind;

β) wenn dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand gegenübersteht;

γ) wenn ein fälliger Anspruch des Herausgabepflichtigen wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens gegenübersteht"; ähnlich Crome Bd. 1 § 124 S. 546 ff.; Regelsberger in Iherings Jahrbuch Bd. 41 S. 332 ff.[1]) und Planck. Dieser meint ad § 273 Ziff. 1: „Nur wenn die beiderseitigen Ansprüche in einer gewissen Beziehung mit-

[1]) Oben S. 47 f.

einander stehen, gewährt der § 273 dem Schuldner das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird; eine solche Verbindung der beiderseitigen Ansprüche findet in folgenden beiden Fällen statt:

a) Wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf welchem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat.

b) Wenn derjenige, welcher einen Gegenstand herauszugeben hat, einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder" usw.; vgl. § 273 Abs. 2.

Die zu dieser Kategorie gehörenden Fälle teilt er in solche ein, die schon durch die unter a) angeführte Vorschrift gedeckt sind. Hierhin rechnet er z. B. das Recht des Entleihers, die Zurückgabe der entliehenen Sache zu verweigern bis zum Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen. „In andern zu dieser Kategorie gehörenden Fällen aber kann man nicht sagen, daß die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, ohne diesen Begriff ungebührlich weit auszudehnen. Den praktisch wichtigsten hierher gehörenden Fall bildet das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers einer Sache wegen Verwendungen (§ 1000 ff.)." Meines Erachtens steht diese Ansicht Plancks in Widerspruch mit der von ihm sub 1 a gegebenen Interpretation der Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis". Vollkommen richtig läßt er bei der Frage, ob die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, den Gesichtspunkt entscheiden, „ob das Verhältnis, auf welchem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist," und zitiert RG. 14 Nr. 57.

Wie steht es denn nun mit dem Anspruche des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache und dem Anspruche des Besitzers gegen den Eigentümer auf Ersatz der Verwendungen? Die Entstehungstatsachen beider Ansprüche sind zwar verschieden; der Anspruch des Eigentümers resultiert aus der Tatsache des Besitzverlustes, der des Besitzers hat seinen Grund in den gemachten Verwendungen. Dennoch sind beide Ansprüche durch ein gemeinsames Band umschlungen; sie haben zur gemeinsamen Grundlage die besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer; die Grundsätze von Treu und Glauben lassen ein Auseinanderreißen beider Forderungen nicht zu. Es bedurfte also lediglich der von Planck empfohlenen Interpretation des Begriffs „entstanden sein aus demselben rechtlichen Verhältnis", um zu dem Schluß zu gelangen, daß beim Gegenüberstehen genannter Ansprüche ein Retentionsrecht bereits auf Grund des § 273 Abs. 1 anzuerkennen ist.[1])

Das hier Gesagte gilt auch vom Retentionsrechte des durch einen fremden Gegenstand Geschädigten. Nehmen wir als Beispiel die Schädigung

[1]) Die Gründe, aus denen die besondere Hervorhebung des Retentionsrechts in § 1000 notwendig war, sind oben dargelegt, S. 33.

durch ein fremdes Tier. Auch in diesem Falle haben beide Ansprüche dieselbe Rechtsgrundlage; es sind die besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen dem Eigentümer des Tieres und dem Geschädigten, auf denen beide Forderungen beruhen, und kraft dieser „Einheitlichkeit des Verhältnisses" würde es auch hier den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreiten, wollte der eine Interessent fordern, ohne den andern zu befriedigen.

Planck hat aus seiner durchaus richtigen Interpretation der Worte „entstanden sein aus demselben rechtlichen Verhältnisse" nicht weiterhin konsequente Schlüsse gezogen.

Wenn er die Frage nach der Identität des reichlichen Verhältnisses nach den vom Reichsgericht vertretenen Grundsätzen entscheidet und selbst die Ansprüche des in der fraglichen Entscheidung des Reichsgerichts behandelten Falls trotz der verschiedenen Verträge, dem sie ihre Entstehung verdanken, als auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhend anerkennt, so ist es unlogisch, bei den speziell durch die Vorschrift des Abs. 2 des § 273 betroffenen Rententionsrechtsfällen solche zu unterscheiden, die schon durch die Vorschrift des Abs. 1 des § 273 gedeckt sind, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist, die also erst durch die gesetzliche Normierung in § 273 Abs. 2 zu Retentionsrechtsfällen geworden sind.

Es kann vielleicht bestritten werden, ob tatsächlich in der betreffenden Reichsgerichtsentscheidung den Ansprüchen dasselbe rechtliche Verhältnis im Sinne des Gesetzes zugrunde liegt; führt man jedoch den in der Entscheidung behandelten Fall als Beispiel für die Konnexität von Ansprüchen im Sinne von § 273 Abs. 1 an, so muß man um so mehr anerkennen, daß die Konnexität der Ansprüche der dem § 273 Abs. 2 unterzuordnenden Retentionsrechtsfälle bereits durch Abs. 1 des § 273 begründet ist, daß nämlich das Verhältnis, das beiden Ansprüchen zugrunde liegt, auch hier nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als einheitliches zu betrachten ist. Die Auffassung Plancks ließe sich nur rechtfertigen, wenn er den Begriff „dasselbe rechtliche Verhältnis" enger faßte. Bei der von ihm gegebenen und auch vom Verfasser gebilligten weitgehenden Interpretation des fraglichen Begriffs ist nur die oben entwickelte Auffassung des Verhältnisses von § 273 Abs. 1 zu § 273 Abs. 2 möglich. Sie läßt sich vielleicht auf folgende kurze Formel bringen: Dem Schuldner ist stets ein Zurückbehaltungsrecht zuzuerkennen, wenn seine Forderung gegen den Gläubiger und die des letzteren gegen den Schuldner demselben rechtlichen Verhältnis entsprungen sind. So steht ihm beispielsweise stets dann ein Retentionsrecht zu, wenn für ihn gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen oder wegen eines durch den Gegenstand verursachten Schadens begründet ist.

V. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts.

a) Der Inhalt dieses Abschnittes.

Die Ueberschrift des Abschnittes ist ein wenig allgemein gehalten. Welche Fragen in ihm behandelt werden sollen, läßt sie nicht ohne weiteres klar erkennen. Es sollen nicht nur die Wirkungen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts betrachtet werden; es wird uns vielmehr die gesamte Wirksamkeit unsers Rechtsinstituts im Rechtsleben überhaupt beschäftigen; so die Möglichkeit seiner Geltendmachung Dritten gegenüber, insbesondere gegenüber den Konkursgläubigern; die Art der Zwangsvollstreckung des infolge seiner Ausübung erwirkten Urteils.

Um die mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verbundenen Wirkungen kennen zu lernen, ist es erforderlich, uns zunächst über die Art und Weise der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts selbst klar zu werden; mit einer Betrachtung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird zunächst begonnen werden müssen. Zwei Fragen sind es, die uns vor allem beschäftigen werden. Wann kann der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht ausüben? Wie kann das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden? Hierauf ist zunächst zu antworten: Es gibt für den Schuldner zwei Möglichkeiten, sein Zurückbehaltungsrecht zur Geltung zu bringen, außerprozessual und im Prozeß. Beide Arten der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts müssen streng auseinander gehalten und gesondert betrachtet werden.

b) Das Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Prozesses.

1. Die Möglichkeit einer außerprozessualen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wird für das gemeine Recht von Luden S. 27 bestritten. Dem gegenüber macht Langfeld S. 111 mit Recht geltend: „Die Retentionsbefugnis ist nicht eine Folge der prozessualen Stellung der Parteien, sondern des zwischen ihnen bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses. Durch die Klageerhebung wird nur die gerichtliche Geltendmachung des Retentionsrechts veranlaßt.“[1])

Für unser heutigs Recht billigen die Möglichkeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts außerhalb des Prozesses Schollmeyer ad § 273 Note 1b; Crome Bd. 1 § 124: „Die Retentionseinrede als selbständiges Gegenrecht äußert ihre Wirkung auch außerhalb des Prozesses; Lippmann a. a. O. S. 545: „Nach dem BGB. darf anscheinend auch schon vor dem Prozeß von einem Zurückbehaltungsrecht die Rede sein.“ Schlegelberger S. 164: „Das Zurückbehaltungsrecht behaftet den Hauptanspruch mit einer aufschiebenden Einrede. Diese hat Bedeutung nicht etwa nur innerhalb eines Rechtsstreites.“

---

[1]) vgl. auch Langfeld S. 123: „Einer prozessualen Geltendmachung, sei es des gegnerischen Anspruchs, sei es der Retentionsbefugnis selbst, bedarf es nicht.“

Ferner sind hier diejenigen zu nennen, die die außergerichtliche Wirksamkeit der Einrede überhaupt anerkennen, und daß das Retentionsrecht als Einrede zu charakterisieren ist, wird später bewiesen werden. Vorläufig genügt die Feststellung: das Retentionsrecht ist eine Einrede; vgl. u. a. Crome Bd. 1 S. 184: „So wenig der Anspruch das Dasein eines Prozesses voraussetzt, so wenig tut es die Einrede"; Langheineken S. 341: „Die Bedeutung der Geltendmachung einer Einrede liegt überwiegend auf prozessualem Gebiete; d. h. es kommen hauptsächlich der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede prozessuale und materiellrechtliche Wirkungen zu. Aber es wäre zu weit gegangen, wenn man die Wirksamkeit der Geltendmachung auf den Fall der gerichtlichen Geltendmachung beschränken wollte." Für die Wirksamkeit der Einrede außerhalb des Prozesses spricht sich auch Hellwig S. 10 aus.

Die außergerichtliche Wirksamkeit derEinrede ist jedoch bestritten. So nehmen einen den genannten Schriftstellern entgegengesetzten Standpunkt ein: Friedenthal § 19 S. 66: „Einreden im Sinne des BGB. sind Leistungsverweigerungsrechte, d. h. Rechte, eine rechtsgültige geschuldete Leistung zu verweigern. Sie unterscheiden sich von andern Gegenrechten, wie Anfechtung, Aufrechnung, Widerruf wesentlich dadurch, daß sie mit rechtlicher Wirsamkeit nicht aus eigener Initiative des Verpflichteten geltend gemacht, sondern nur im Prozesse einredeweise vorgebracht werden können"; außerhalb des Prozesses schreibt Friedenthal der Einrede nur psychologische Wirkung zu.

Zitelmann S. 29: „Die Ausübung des Weigerungsrechts geschieht im wahren Sinne nicht schon durch die außergerichtliche Verweigerung der Leistung, sondern erst durch die Verweigerung gegen den gerichtlich geltend gemachten Anspruch als durch Vorbringung der Einrede im Prozeß."

In diesem Zusammenhange ist auch zu nennen eine Entscheidung des OLG. Hamburg vom 1. Dezember 1900; vgl. Soergel 1900/01 ad § 273 BGB.: „Das Retentionsrecht des Beklagten gelangt nicht schon mit Erhebung des Klageanspruchs, sondern erst mit der Geltendmachung der Retentionseinrede zur Entstehung."

M. E. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Zurückbehaltungsrecht auch außerhalb des Prozesses zur Geltung gebracht werden kann, denn die Bedeutung der materiellrechtlichen Einrede liegt keineswegs auf rein prozessualem Gebiete. Dem Prozesse verdankt der Begriff der Einrede allerdings seine Entstehung. Die vom Prätor in die formula eingefügte exceptio, die Grundform unserer heutigen Einrede, war ein rein prozessualer Begriff; nur im Prozeß war für sie Raum.

Die gemeinrechtliche[1]) Entwicklung hat aus diesem prozessualischen Begriffe einen Begriff materiellrechtlicher Natur geschaffen, der sich mit der alten exceptio allerdings insofern deckt, als sowohl die gemeinrechtliche Einrede wie die römische exceptio das Recht begründet, die Erfüllung, eines vollkommen zu Recht bestehenden Anspruchs zu verweigern

[1]) Näheres hierüber bei Friedenthal § 1 S. 1ff.

— der jedoch losgelöst ist von der eigenartigen Bedeutung der römischen exceptio. Dieser Begriff der Einrede, der sich in der gemeinrechtlichen Doktrin entwickelt hat und auch vom BGB. übernommen ist,[1]) wirkt nicht nur im Prozeß, sondern auch außerprozessual;[2]) in wie weitgehender Weise, beweist gerade die Einrede des Retentionsrechts, denn gerade außerhalb des Prozesses kann das Zurückbehaltungsrecht seiner Zweckbestimmung, der Gewährung des Rechtsschutzes, in vollkommensten Maße gerecht werden.

Man denke sich nur als Beispiel den Fall, daß zwischen A und B ein Verwahrungsvertrag abgeschlossen ist und sich kraft des Vertrages Ansprüche gegenüberstehen; auf seiten des A ein Anspruch auf Herausgabe des Objekts, auf seiten des B ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen.[3])

Sind beide Ansprüche fällig, wird B sein Retentionsrecht einfach dadurch ausüben, daß er die Sache nicht herausgibt. Es ist ohne weiteres klar, daß das Zurückbehaltungsrecht auch außergerichtlich dem B einen besonderen wirksamen Schutz gewährt; er erhält die Zusicherung der Erfüllung seines Anspruchs zugleich mit der Begleichung seiner Schuld, und er zwingt den Gläubiger durch die wider dessen Willen vollzogene Retention zur Befriedigung seiner Forderung. Bei dieser Sachlage dem Retentionsrechte als Einrede lediglich eine psychologische Wirkung zuzusprechen, wie es Friedenthal will, geht nicht an.

Es ist demgemäß den oben genannten Schriftstellern, die sich für die außergerichtliche Wirksamkeit des Retentionsrechts, bezw. der Einrede überhaupt, erklären, nur zuzustimmen.

2. In dem oben genannten Beispiele ist bereits ausgesprochen, wie der Schuldner sein Retentionsrecht zur Geltung bringt. Die Art und Weise der Ausübung des Retentionsrechts bedarf jedoch einer ausführlichen Behandlung.

Sind die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts vorhanden, so gelangt es selbst zur Entstehung, d. h. der Schuldner hat die Möglichkeit, durch ein entsprechendes Verhalten die Wirkungen des Retentionsrechts zur Geltung zu bringen. Es wird also weder existent mit der Erhebung der Klage seitens des Gläubigers, noch mit seiner Geltendmachung im Prozeß, wie die Entscheidung des OLG. Hamburg vom 1. Dezember 1900 annimmt. Fraglich ist nur, wie der Schuldner sein Verhalten einzurichten hat, um sein Retentionsrecht wirken zu lassen. Er hat m. E. lediglich

---

[1]) Dies ist m. E. unzweifelhaft; s. unten S. 147 f.

[2]) Für das gemeine Recht wird dies auch von Buccerius anerkannt; in § 15 S. 77 spricht er über das Wesen der gemeinrechtlichen exceptio und sagt hier sub B.: „Das geschieht regelmäßig im Prozesse durch „einreden"; allein begriffsnotwendig ist dies durchaus nicht." Und S. 96 § 17a heißt es: „Eine eigentlich formelle, selbständige Tätigkeit entwickeln im Prozesse nur die Exzeptionen; der Prozeß ist ihr Element, in dem sie durch die Disposition des Beklagten wirksam werden. Doch ist schon darauf hingewiesen, daß auch ohne und außerhalb des Prozesses eine Wirksamkeit der Exzeptionstatsachen denkbar ist."

[3]) Dies Beispiel paßt nur für heutiges Recht; nach gem. Rechte fehlt dem Depositar ein Retentionsrecht wegen Verwendungen.

dafür zu sorgen, daß das Fortbestehen der Retentionseinrede gesichert ist, denn solange diese existiert, äußert sie auch ihre Wirkungen. Diesen Fortbestand seiner Retentionseinrede erreicht der Schuldner nun dadurch, daß er einfach seiner Leistungspflicht nicht nachkommt.[1])

Durch dieses sein Verhalten, sein Nichtleisten „übt der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht aus". Keineswegs bedarf es einer ausdrücklichen Willenserklärung, kraft des Zurückbehaltungsrechts nicht leisten zu wollen, um die Wirkungen der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts herbeizuführen. Es ist m. E. in keiner Weise haltbar, wenn Hölder, Komm. I. S. 405 f. und Hellwig S. 8 ff. annehmen, zur Geltendmachung einer Einrede sei jede außergerichtliche Erklärung erforderlich und genügend. Die Einrede wirkt mit ihrem Existentwerden; es zeigt sich dies uns im besonderen bei der Retentionseinrede. Wie unser obiges Beispiel lehrt, wird der Zweck des Zurückbehaltungsrechts vollkommen erreicht durch einfaches Zurückhalten der Leistung durch den Schuldner; dadurch daß B den hinterlegten Gegenstand nicht herausgibt, sichert er sich selbst in seinen Rechten. Auch der Eintritt der sonstigen Wirkungen der Retentionseinrede, wie Verhinderung des Verzugs des Schuldners, ist für das materielle Recht lediglich geknüpft an das Bestehen der Einrede, d. h. an die Ausübung des Retentionsrechts durch Nichtleisten.[2])

Der hier vertretenen Auffassung ist für das gemeine Recht Langfeld S. 123: es treten die Wirkungen des Retentionsrechts ein „mit dem Momente, wo die Retentionsbefugnis durch die tatsächliche Verwirklichung ihrer rechtlichen Voraussetzungen existent geworden ist; einer prozessualen Geltendmachung, sei es des gegnerischen Anspruchs sei es der Retentionsbefugnis selbst bedarf es nicht"; für unser heutiges Recht übereinstimmend Schollmeyer ad § 273 Note 16: „Die Verweigerung ist keineswegs die ausdrückliche Erklärung, man wolle aus dem angegebenen Grunde nicht leisten." Dem stehen natürlich die oben genannten Schriftsteller gegenüber, die die Möglichkeit der außergerichtlichen Wirksamkeit des Retentionsrechtes oder der Einrede überhaupt leugnen.

Zitelmanns Ansicht erfährt jedoch eine Modifikation. Wenn er auch grundsätzlich die Einrede in den Prozeß verweist, so meint er doch S. 30: „Die Tatsache, daß das Hemmungsrecht besteht, hat auch schon vor dem Prozeß und abgesehen von der Ausübung des Hemmungsrechts im Prozeß gewisse Wirkungen, und zwar Wirkungen auf das einredebehaftete Recht. Diese Wirkungen sind nicht davon abhängig, daß die Leistung bewußt verweigert wird; sie treten vielmehr von selbst ein, ja zum Teil sogar dann, wenn statt der Verweigerung die Leistung erfolgt."

---

[1]) So auch Siber S. 130: „Einrede ist die Befugnis, die Befriedigung eines Anspruchs zu verweigern. Es wird durch dauerndes Nichtleisten verwirklicht."

[2]) Daß die Wirkungen des Retentionsrechts im Prozesse nur dann Berücksichtigung finden können, wenn der Beklagte sich auf sein Retentionsrecht beruft, steht hiermit nicht im Widerspruch. Es ist dies eine Eigentümlichkeit der Einrede, daß ihre Wirkungen von Amts wegen nicht beachtet werden dürfen.

Haben wir somit festgestellt, daß das Retentionsrecht außerhalb des Prozesses durch einfaches Nichtleisten ausgeübt werden kann, so ist hiermit auch zum Ausdruck gebracht, daß es keineswegs eines Ansprechens des Schuldners seitens des Gläubigers zwecks Befriedigung bedarf, um ersterem die Möglichkeit der Ausübung seiner Befugnisse zu geben. Hält der Schuldner, sobald die Voraussetzungen des Retentionsrechts existent geworden sind, mit seiner Leistung zurück, so sind hiermit die Wirkungen des Retentionsrechts ohne weiteres verwirklicht. Es schützt den Retinenten im Besitze seiner Gegenforderungen und verhindert den Eintritt der Folgen unberechtigten Nichtleistens. Demgemäß ist es auch keineswegs erforderlich, daß der Schuldner sich der Ausübung seines Retentionsrechts bewußt wäre. Es ist nicht einzusehen, warum nicht zugunsten eines Schuldners, dem das Institut des Zurückbehaltungsrechts völlig unbekannt ist, die Wirkungen des Retentionsrechts eintreten sollten; er kann sehr wohl den Eintritt seiner tatsächlichen wie rechtlichen Wirkungen, die Erteilung des Rechtsschutzes, Beseitigung des Verzugs usw., durch einfaches Nichtleisten herbeiführen.

Diese Ausführungen dürfen nicht mißverstanden werden. Gegenüber der Feststellung, daß für das materielle Recht die Wirkungen des Retentionsrechts eintreten, unabhängig davon, daß der Schuldner auf ihren Eintritt hingearbeitet hat, muß ebenso entschieden betont werden, daß es stets in der Hand des Schuldners liegt, ihre Herbeiführung durch Befriedigen des Gläubigers zu verhindern. Die Ausübung des Retentionsrechts kann dem Schuldner jedenfalls nicht aufgezwungen werden.

Mit der hier vertretenen Auffassung von der Ausübung des Retentionsrechts stehen auch nicht die Worte des § 273 Abs. 1: „Die geschuldete Leistung *verweigern*“ im Widerspruch. Daß es zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts einer ausdrücklichen Erklärung, verweigern zu wollen, bedarf, kann aus ihnen nicht geschlossen werden. Das Gesetz will durch die betreffende Ausdrucksweise nur andeuten, daß es sich in § 273 um eine Einrede handelt, denn die Worte: „kann verweigern, ist berechtigt zu verweigern“ gebraucht es stets, wo es einen gewissen Tatbestand als Einrede charakterisieren will.[1])

Daß es aber zur außergerichtlichen Wirksamkeit der Retentionseinrede keineswegs einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, ist oben nachgewiesen.

Häufig wird es der Fall sein, vor allem wenn der Gläubiger vom Schuldner Befriedigung verlangt, daß letzterer sich ausdrücklich auf sein Retentionsrecht beruft. Der juristische Charakter jener außergerichtlichen Geltendmachung des Retentionsrechts ist nach den obigen Ausführungen leicht ersichtlich. Keineswegs stellt sie sich dar als eine besondere Art der Ausübung des Retentionsrechts, die bestimmte juristische Wirkungen hervorzurufen vermag. Denn die gesamten Wirkungen der Retentionseinrede,

[1]) vgl. §§ 202 Abs. 1, 222 Abs. 1, 258 S. 2, 273 Abs. 1 S. 2, 320 Abs. 1 S. 1, 321, 322, 478 Abs. 1 S. 1, 490 Abs. 3 S. 1 und die sonstigen bei *Langheineken* S. 44 Anm. 4 zitierten Stellen.

die nicht rein prozessualischer Natur sind, wie die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, treten, wie oben dargelegt, objektiv, d. h. für das materielle Recht ein mit dem Augenblick der Verwirklichung ihrer Voraussetzungen.

Ein Vergleich der Erklärung, die Leistung auf Grund eines Retentionsrechts zu verweigern, mit der Aufrechnungserklärung des heutigen Rechts wird uns am ehesten über die juristische Natur der Erklärung, von der Retentionseinrede Gebrauch zu machen, aufklären.

Der Eintritt der Wirkungen der Aufrechnung ist dadurch bedingt, daß der Schuldner seinen Willen, aufzurechnen, unzweideutig zu erkennen gibt; die Aufrechnungserklärung ist rechtsgeschäftliche Willensäußerung. Der Eintritt der Wirkungen des Retentionsrechts ist von dem Willen des Schuldners gänzlich unabhängig; er stellt sich vielmehr dar als eine Folge des zwischen den Parteien bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses.[1]) Die fragliche Erklärung des Schuldners enthält nichts anderes als eine Berufung auf die ihm zustehende Retentionseinrede und die durch sie bereits hervorgerufenen Wirkungen.

Es ist oben gesagt: Die außergerichtliche Geltendmachung der Retentionseinrede ist juristisch unerheblich; und es ist dies auch unzweifelhaft richtig; neue Wirkungen, juristische und auch rein tatsächliche, vermag sie nicht zu erzeugen. Allein gänzlich ohne Einfluß scheint sie mir nicht zu sein. Die für unser Rechtsinstitut so charakteristische Wirkung, die Sicherungs- und Zwangsfunktion, wird gerade dann in verstärktem Maße zur Geltung kommen, wenn der Gläubiger Befriedigung verlangt und der Schuldner sie unter ausdrücklicher Bezugnahme auf sein Retentionsrecht verweigert. Besonders aufmerksam gemacht auf die Befugnisse seines Gegners, wird sich gerade jetzt der Gläubiger veranlaßt sehen, den Schuldner wegen seiner Gegenforderung zu befriedigen, zumal wenn er einiges Interesse an der baldigen Erfüllung seiner Forderung hat und in Erkenntnis der Berechtigung der gegnerischen Einwendung die langwierige prozessuale Verfolgung seines Anspruchs vermeiden will.

3. Inwiefern sich das Retentionsrecht für den Schuldner als ein Mittel des Rechtsschutzes erweist, haben wir kennen gelernt.

Es bedarf noch einer ausführlichen Darlegung der materiellrechtlichen Wirkungen unseres Rechtsinstituts. Hierbei werden wir uns vielfach mit den allen Einreden eigentümlichen Wirkungen zu beschäftigen haben, um die für sie geltenden Grundsätze auf unsere Retentionseinrede anzuwenden.

α) Wir haben oben die Ansicht vertreten, ein Anspruch sei auch dann noch fällig, wenn ihm eine Einrede entgegenstehe.

Man kann darüber streiten, ob wirklich, wie wir annehmen, sämtliche Einreden die Fälligkeit des mit ihnen behafteten Anspruchs in keiner

---

[1]) So auch Langfeld S. 111: „Das Retentionsrecht ist die Folge des zwischen den Parteien bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses."

Weise berühren. Ohne Zweifel zieht aber jedenfalls die Retentionseinrede die Nichtfälligkeit des Anspruchs nicht nach sich, weder nach gemeinem Recht noch nach BGB. Dies erhellt aus verschiedenen Gründen. Von ihnen ist der überzeugendste die eigentümliche Wirkung des Retentionsrechts im Prozeß.

Ist der Erfolg des Vorschützens der Retentionseinrede die Verurteilung des Schuldners zur Leistung Zug um Zug und nicht die Abweisung der Klage, so folgt hieraus, daß die Fälligkeit des Anspruchs durch die Retentionseinrede auch nicht im mindesten beeinflußt wird, denn zu einer nicht fälligen Leistung kann der Schuldner nicht verurteilt werden.

Allein diese vom BGB. aufgestellte Wirkung der Retentionseinrede im Prozeß (vgl. § 274 Abs. 1 BGB.) war im gemeinen Recht, wie wir noch sehen werden, keineswegs als unabweisliche Folge des Vorschützens der Retentionseinrede anerkannt. Der älteren Literatur war die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug unbekannt, und auch neuere Schriftsteller (so Langfeld S. 126) halten eine Abweisung des klägerischen Anspruchs zur Zeit für durchaus möglich und unter Umständen für ratsam.

Die Vermutung liegt nahe, daß das gemeinrechtliche Retentionsrecht den Anspruch des Gläubigers im Sinne der Nichtfälligkeit beeinflußt habe. Dem ist jedoch nicht so. Denn, wie schon oben dargelegt, verlangt auch die gemeinrechtliche Doktrin ebenso wie das BGB. als Voraussetzung des Retentionsrechts einen fälligen Anspruch des Gläubigers. Daß trotz Fälligkeit Abweisung der Klage erfolgte, war eben eine Besonderheit des Retentionsrechts in seiner Eigenschaft als Einrede; es berechtigte zur Annullierung der regelmäßigen Folgen der Fälligkeit; die Fälligkeit selbst hob es jedoch nicht auf; es ist dies eigentlich selbstverständlich. Denn bewirkte die Retentionseinrede Nichtfälligkeit des mit ihr behafteten Anspruchs, würde sich das Gesetz ja selbst widersprechen. Durch die Retentionseinrede würde der bisher fällige Anspruch zu einem nichtfälligen; es fehlte also an einer wesentlichen Voraussetzung des Retentionsrechts; für dieses selbst wäre demnach überhaupt kein Raum; diese Leistungsverweigerung gegenüber einem nichtfälligen Anspruch stellt sich nicht dar als Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts im technischen Sinne.

Auch Langheineken, der grundsätzlich einen mit einer Einrede behafteten Anspruch nicht fällig nennt, nimmt die Retentionseinrede als die Fälligkeit nicht berührend ausdrücklich aus.[1])

β) Aus dieser vermeintlichen Ausnahmestellung, die Langheineken der Retentionseinrede gegenüber den sonstigen Einreden einräumt, zieht er weitere Konsequenzen bzgl. ihrer materiellrechtlichen Wirksamkeit. Er sagt S. 90: „Dieser Umstand (nämlich daß die Retentionseinrede die Fälligkeit des Anspruchs nicht beeinflußt) besitzt außer der Bedeutung auf prozeßrechtlichem Gebiete auch noch eine solche in materiellrechtlicher Hinsicht."

[1]) vgl. Langheineken S. 89; vgl. auch Hellwig S. 354: „Das Retentionsrecht macht die Forderung des Schuldners weder zu einer bedingten, noch hebt seine Existenz oder seine Geltendmachung die Fälligkeit der Forderung auf."

Inwiefern dieser Umstand für das materielle Recht von Bedeutung ist, legt er dar S. 92: „Wie die gerichtliche, so wird auch die außergerichtliche Erhebung eines mit einer derartigen Einrede behafteten Anspruchs, insbesondere die in Form einer Mahnung erfolgende, durch das Bestehen der Einrede nicht in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt."

Es ist sicherlich richtig, daß nach heutigem Recht, abweichend von der regelmäßigen Wirkung der Einrede, sich die Wirkung des Retentionsrechts im Prozeß nicht äußert in einer Hemmung des klägerischen Anspruchs. Allein aus jener Wirksamkeit der Einrede auf die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs Rückschlüsse zu machen auf die Erhebung des mit ihr behafteten Anspruchs außerhalb des Prozesses, ist m. E. verfehlt. Man darf nicht vergessen, daß jene Wirkung des Retentionsrechts im Prozeß, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, die Nichthemmung des klägerischen Anspruchs, im wesentlichen seine gesetzliche Anerkennung verdankt, Erwägungen praktischer Natur.[1])

Außerhalb des Prozesses zeigt sich jedoch die hemmende, zurückweisende Kraft des Retentionsrechts, die es mit jeder Einrede teilt. Es berechtigt zur Nichtbefriedigung, zur Zurückweisung des Anspruchs des Gläubigers. Dieser charakteristischen Einredewirkung gibt auch das Gesetz Ausdruck durch die Fassung des § 273: „Kann verweigern." Hat aber der Schuldner ein Recht zum Verweigern, können ihm auch unmöglich die regelmäßigen Folgen der Nichtbefriedigung einer fälligen Forderung treffen. Langheineken berücksichtigt nicht den § 285, wonach der Schuldner trotz Fälligkeit der Forderung dann nicht in Verzug kommt, wenn er guten Grund zur Leistungsverweigerung hat. Dieser steht ihm aber kraft seines Retentionsrechts zur Seite.[2])

Es wäre doch auch eine Unbilligkeit und ein Widerspruch, wie er krasser kaum zu denken ist, wenn sich der Schuldner, unter Berufung auf sein gutes Recht, der Mahnung des Gläubigers gegenüber ablehnend verhält, später aber einer Schadensersatzforderung wegen Verzugs ausgesetzt ist.

Man kann Langheineken nur zustimmen, wenn er meint[3]): weder die gerichtliche noch die außergerichtliche Erhebung des Anspruchs sei von der vorherigen Anbietung der Gegenleistung bedingt. Gewiß, der Anspruch des Gläubigers geht auf Leistung, nicht auf Leistung gegen Gegenleistung; er ist nicht inhaltlich beschränkt.[4])

Widersprochen muß ihm jedoch werden, wenn er die weitere Folgerung zieht, der Schuldner gerate bei Nichtbefriedigen des begründeten Begehrens des Gläubigers in Verzug. Das Gesetz würde sich ja selbst

---

[1]) Es wird dies an anderer Stelle noch näher dargelegt werden; S. 73 a. E. u. S. 92 a. E. 93.

[2]) Crome Bd 2 § 161 Ziff. 2 S. 136 und zu Anm. 10 u. 2; Neumann ad § 285 Ziff. 3: „Schuldner ist nicht in Verzug, solange er die Leistung kraft aufschiebender Einrede verweigern kann."

[3]) S. 92.

[4]) Dies wird unten noch näher begründet werden; S. 71—74.

widersprechen, wenn es dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht bewilligen, ihn aber verantwortlich machen wollte, falls er von ihm Gebrauch machte. Es würde umstoßen, was es selbst einräumt. Der Schuldner entgeht demgemäß dem Leistungsverzug bereits dadurch, daß er auf die Mahnung des Gläubigers hin nicht leistet; keineswegs ist erforderlich, daß er jetzt die Leistung gegen Gegenleistung tatsächlich anbietet.

Daß der Schuldner durch einfaches Nichtleisten infolge Retentionsrechts nicht in Leistungsverzug gerät, ist im gemeinen Rechte niemals angezweifelt worden.[1])

Die Auffassung wird auch für unser heutiges Recht vertreten von den Motiven[2]) und den meisten Schriftstellern.[3])

Tritt kein Verzug des Schuldners ein, kann auch von einem Eintritt der dem Schuldner nachteiligen Folgen des Verzugs keine Rede sein. Er ist weder zum Schadensersatz verpflichtet (§ 286 BGB.), noch wird seine Haftung gemäß § 282 BGB. erhöht, noch braucht er Verzugszinsen zu zahlen (§ 288 BGB.). Natürlich ist auch eine etwaige Vertragsstrafe nicht verwirkt.[4])

Um alle diese Wirkungen herbeizuführen, bedarf es lediglich eines einfachen Nichtleistens auf seiten des Schuldners, denn hiermit übt er ja sein Zurückbehaltungsrecht aus.

γ) Es fragt sich, ob der Schuldner nicht seinerseits imstande ist, mit der Ausübung seines Retentionsrechts den Leistungsverzug des Gläubigers herbeizuführen. Es scheint mir dies dann möglich zu sein, wenn der Gläubiger weiß, daß der Schuldner mit seinem Nichtleisten ein Retentionsrecht ausübt. Durch das Nichtbefriedigen des Anspruchs des Gläubigers will der Schuldner die sofortige Erfüllung seines eigenen Anspruchs erwirken. Ist sich dessen der Gläubiger bewußt, verkörpert sich in dem Nichtleisten kraft Retentionsrechts eine Aufforderung zur Zahlung, eine Mahnung. Macht der Schuldner den Gläubiger ausdrücklich auf sein Retentionsrecht aufmerksam, so kann es m. E. keinem Zweifel unterliegen,

---

[1]) vgl. Goldschmidt § 95 S. 985: „Wer zur Retention befugt ist und um seines Gegenanspruchs willen die geschuldete Leistung zurückhält, ist niemals im Verzuge." Langfeld S. 123: „Weil das Retentionsrecht die Wirkung einer dilatorischen Einrede hat, wird auch Verzug des retentionsberechtigten Schuldners ausgeschlossen"; vgl. auch l. 40 D. 12, 1: Non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.

[2]) Bd. 2 S. 59: „Der Schuldner gerate nicht in Verzug, wenn er die Leistung deshalb verweigere, weil der Gläubiger ihm keine Quittung einhändige."

[3]) Schollmeyer ad § 273 Ziff. 3 S. 92; Neumann ad § 273 Note I 2a S. 231; Oertmann ad § 273 Ziff. 4; Enneccerus Bd. 1 § 198 II, 2 S. 457; vgl. auch Zitelmann S. 31: „Für alle Einreden gilt: Wenn nicht geleistet ist, treten die Folgen nicht ein, die sonst an die Nichtleistung geknüpft sind, so keine Verzugsfolgen, kein Verfall der Vertragsstrafe." A. A.: außer Langheineken a. a. O. Staudinger ad § 284 Ziff. 1 2b γ: „Der Schuldner muß die Leistung gegen die Gegenleistung bewirken oder anbieten"; Planck ad § 284 Note 4 d: „Der Schuldner muß, um nicht in Verzug zu kommen, mindestens die Leistung gegen Gegenleistung anbieten."

[4]) Langfeld S. 123 u. § 339 BGB.

daß bei nicht sofortiger Erfüllung des Anspruchs des Schuldners der Gläubiger in Leistungsverzug gerät.[1])

Nebenbei sei bemerkt, daß der Schuldner auch den Gläubiger in Annahmeverzug setzen kann. Leistet nämlich der Schuldner, ohne jedoch hiermit auf sein Retentionsrecht zu verzichten, so gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er zwar die angebotene Leistung annehmen, die seinerseits geschuldete jedoch nicht bewirken will.[2])

4. a) α 1) haben wir dargelegt, daß die Retentionseinrede die Fälligkeit des Anspruchs nicht berührt, so ist hiermit bereits ausgesprochen, daß das Retentionsrecht in keiner Weise einen die Forderung des Gläubigers vernichtenden Einfluß ausübt. Diese Feststellung mag überflüssig erscheinen, sie ist jedoch unumgänglich mit Rücksicht auf unsere Charakterisierung des Retentionsrechts als Einrede. In neuerer Zeit ist nämlich die m. E. nicht haltbare[3]) Lehre aufgestellt worden, daß gerade die Einrede den von ihr betroffenen Anspruch in seinem Bestande angreife, ihn vernichte. Sie wird vertreten bzgl. der peremtorischen Einreden von Hellwig; vgl. Hellwig S. 10: „Man trägt in das Gesetz die größten Spitzfindigkeiten hinein und man gelangt zu ganz unhaltbaren Resultaten, wenn man zwischen dem Anspruche, der aufgehoben ist, und dem Anspruche, dessen jemalige Erfüllung auf Grund der Einrede rechtmäßig verweigert worden ist, einen Unterschied machen will. Eine solche Schattenexistenz eines Anspruchs ist praktisch wertlos und theoretisch nur geeignet, ganz unnötige und unlösbare Schwierigkeiten zu bereiten."

Hölder geht noch über die Auffassung Hellwigs hinaus und läßt auch den verzögerlichen Einreden eine den Anspruch vernichtende Wirkung zukommen; vgl. Hölder im Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 93 S. 80: „Jede begründete Einrede schließt die Existenz des Anspruchs, gegen den sie Platz greift, aus"; derselbe ähnlich in Busch Bd. 29 S. 78: Durch die Berechtigung, vorübergehend eine Leistung zu verweigern, ist „im Fall ihrer Geltendmachung die Fälligkeit und damit die Existenz des Anspruchs ausgeschlossen."

Die von Hölder vertretenen Grundsätze lassen sich nun unzweifelhaft nicht anwenden auf die Einrede des Retentionsrechts, denn letzteres läßt, wie vor allem die Wirkung im Prozeß dartut, die Existenz des Anspruchs unberührt. Hölder muß demgemäß, wenn er an seiner Auffassung von der Wirkung der Einrede festhalten will, konsequenterweise die Einredenatur des Retentionsrechts überhaupt leugnen. So kommt er zu dem Ergebnis in Busch Bd. 29 S. 78: Da gemäß § 274 eine beschränkte Verurteilung eintritt, „handelt es sich hier nicht darum, daß die Leistung noch nicht fällig wäre, sondern darum, daß die Leistung nicht verlangt werden kann ohne Gegenleistung des sie Verlangenden, wodurch

---

[1]) vgl. auch Dertmann ad § 273 Note 4: „Der Schuldner kann seinerseits den Gegner in Verzug setzen, da in der Geltendmachung des Retentionsrechts eine Mahnung zu finden sein dürfte."

[2]) vgl. auch Motive Bd. 2 S. 43 u. § 298 BGB.

[3]) s. unten S. 147 f.

der Anspruch einen beschränkteren Inhalt hat, als wenn die Leistung ohne Gegenleistung verlangt werden könnte". Ebenso derselbe in seinem Kommentar z. allgem. Teil des BGB. S. 408: „Kein Fall zeitweiligen Ausschlusses der Forderung, sondern ein Fall einer andern Beschränkung derselben ist der Fall der nur gegen Gegenleistung geschuldeten Leistung. Hier liegt eine inhaltliche Beschränkung der geschuldeten Leistung vor, da nur geschuldet ist der Austausch der einen Leistung gegen die andere."[1]) Gleich Hölder auch Endemann Bd. 1 S. 520: „Die Wirkung des Retentionsrechts erschöpft sich darin, daß der Verpflichtete nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt werden darf und insoweit wird das Forderungsrecht selbst als inhaltlich beschränkt gekennzeichnet, der Angegriffene bestreitet das unbegründete Begehren der einseitigen Leistung."[2])

Nach genannten Schriftstellern wird also durch das Bestehen des Retentionsrechts der Anspruch des Gläubigers in weitgehender Weise beeinflußt, zwar nicht im Sinne einer völligen Aufhebung seiner Existenz, so doch im Sinne einer wesentlichen Beschränkung seines Inhalts.

β 1) Dieser juristischen Konstruktion kann ich mich nicht anschließen. Zunächst könnte man einwenden: Ist der Anspruch seinem Inhalte nach beschränkt, so muß diese Beschränkung auch vom Richter von Amts wegen berücksichtigt werden, denn es ist seine Pflicht, zu prüfen, ob der Anspruch so, wie er vom Kläger vorgebracht ist, unbedingt, unbeschränkt besteht.

Wenn das Gesetz die prozessuale Beachtung des Retentionsrechts abhängig macht von seiner besonderen Geltendmachung, so geht hieraus eben unzweifelhaft hervor, daß es eine durch das Retentionsrecht hervorgerufene inhaltliche Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers im Sinne Hölders und Endemanns nicht anerkennt. Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß es lediglich in das Ermessen des Gesetzgebers gelegt ist, ob er jene Beschränkung von Amts wegen berücksichtigt wissen will oder nur bei ihrer Geltendmachung. Wenn auch die erstere Art der Behandlung die regelmäßige ist (vgl. die §§ 255, 298, 368 S. 1, 373, 410 Abs. 1 S. 1, 785, 797 S. 1, 808 Abs. 2 S. 1 und die §§ 236, 798 S. 1, 1218 Abs. 1, 1144, 1217 Abs. 2 S. 1, 1223 Abs. 2, 1267 S. 1, 1477 Abs. 2, 1502 Abs. 1 S. 1, 1502 Abs. 2 S. 2, 1515 Abs. 1),[3]) so findet sich doch auch die letztere Konstruktion, so in den Einreden der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258 S. 2, 321, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3); der Einrede der mangelnden Erstattung des berichtigten Kaufpreises (§ 1100 S. 1); der Einrede der mangelnden Ausgleichung eines Fehlbetrages (§ 526 S. 1); der Einrede der mangelnden Urkundenvorlegung (§ 1160 Abs. 1).[4])

Wie wir sehen, ist im Gesetze selbst in einigen Fällen die Beschränkung des Inhaltes eines Anspruchs derart normiert, daß sie nur im Falle der Geltendmachung durch Einrede im Prozesse berücksichtigt werden kann.

---

[1]) vgl. auch Hölder a. a. O. ad § 202 BGB. Ziff. 4.
[2]) vgl. auch Endemann Bd. 1 S. 519 Note 46.
[3]) vgl. Langheineken S. 308 ff.
[4]) vgl. unten S. 132 ff.

Der oben genannte Einwand ist also nicht aufrechtzuerhalten. Eine angebliche durch das Retentionsrecht hervorgerufene inhaltliche Beschränkung des Anspruchs wäre mit der Tatsache, daß sie lediglich im Falle des Hinweises auf sie mittelst Einrede zu beachten ist, durchaus vereinbar. Denn eine analoge gesetzliche Regelung findet sich bereits in den oben genannten Einreden.

Läßt sich also jedenfalls aus dem Umstande, daß das Gesetz das Retentionsrecht im Prozesse nur im Falle seiner besonderen Geltendmachung berücksichtigt, kein Argument gegen die von Hölder und Endemann vertretene Anschauung herleiten, so können doch m. E. andere Gründe gegen die Richtigkeit genannter Ansicht ins Feld geführt werden.

Es ist daran festzuhalten, daß das Zurückbehaltungsrecht auf zwei völlig selbständigen, einander gegenüberstehenden Forderungen beruht. Beide Ansprüche sind in ihrem Bestande voneinander völlig unabhängig. Der Gegenanspruch des Schuldners hat auf den Inhalt der Forderung des Gläubigers auch nicht den geringsten Einfluß.

Jede der beiden Parteien ist an sich zur Leistung schlechthin verpflichtet, nicht etwa zur Leistung gegen Gegenleistung. Letztere Auffassung läßt sich auch in keiner Weise herleiten durch Hinweis auf die besondere prozessuale Wirkung des Zurückbehaltungsrechts, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Diese stellt sich dar als Konsequenz der dem Schuldner zustehenden materiellrechtlichen Befugnis. Der Schuldner hat nämlich nach gemeinem Rechte und BGB. nur das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.[1])

Er ist also nicht berechtigt, mit seiner Leistung zurückzuhalten, bis der Gläubiger geleistet hat, sondern beide Teile haben gleichzeitig, Zug um Zug, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Durch die im Gesetze anerkannte Art der Urteilsformulierung, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, wird nun eine Gewähr dafür geboten, daß der Schuldner in der Ausübung jener ihm zustehenden Befugnisse nicht weitergeht, als ihm das Gesetz gestattet, daß auch tatsächlich jener Austausch von Leistung gegen Gegenleistung stattfindet. Daneben gewährt sie den Vorteil einer einfachen und raschen Erledigung des Rechtsstreites. Es sind demnach im großen und ganzen Erwägungen praktischer Natur, die für die Aufnahme jener Formel ins BGB. bestimmend gewesen sind. Keineswegs aber — und das ist das Entscheidende — läßt sie sich herleiten aus einer materiellen Beschränkung des klägerischen Anspruchs. Dadurch, daß sich der Schuldner auf den konnexen Gegenanspruch beruft, bringt er nicht zum Ausdruck: der Kläger verlange mit seinem Klagebegehren zu viel, denn dessen Anspruch gehe nicht auf Leistung, sondern auf Leistung gegen Gegenleistung, er sei also inhaltlich beschränkt; er erkennt vielmehr den klägerischen Anspruch so wie er erhoben ist, als

[1]) vgl. Langfeld S. 121: „Der Retinent kann nicht verlangen, daß der andere Teil mit seiner Leistung vorausgehe, sondern nur, daß dieser gleichzeitig leiste"; und § 273 Abs. 1 BGB.: „Kann er . . die geschuldete Leistung verweigern, bis . . . bewirkt wird."

vollkommen zu Recht bestehend an, will ihn aber nur dann erfüllen, wenn auch sein Gegenanspruch befriedigt wird.

Gegen die Annahme einer inhaltlichen Beschränkung des klägerischen Anspruchs infolge Retentionsrechts spricht auch die gemeinrechtliche Entwicklung. Das gemeine Recht sah nämlich, wie oben bereits angedeutet, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug keineswegs als unabweisliche Konsequenz des Vorschützens der Retentionseinrede an. Während sie der älteren Doktrin noch unbekannt war,[1]) setzte sie sich allmählich durch, ohne jedoch die Möglichkeit einer Abweisung der Klage zur Zeit auszuschließen; vgl. Langfeld S. 126: „Es hängt lediglich vom Ermessen des Richters ab, ob die Formel der Abweisung der Klage zur Zeit oder die der bedingten Verurteilung zu wählen"; vgl. auch Seuffert XXXII Nr. 5: „Von der Natur der Leistung und Gegenleistung und deren Verhältnis zueinander hängt es ab, ob die Retentionseinrede zu einer Abweisung der Klage als verfrüht führen muß, oder nur eine bedingte Verurteilung rechtfertigt." Daß sie vor allem in der Praxis[2]) bevorzugt wurde, hatte seinen Grund in ihrer Einfachheit und Zweckmäßigkeit; keineswegs in einer materiellrechtlichen Beschränkung des geltend gemachten Anspruchs.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen ist dahin zusammenzufassen: Das Retentionsrecht berührt weder nach gemeinem Recht noch nach BGB. die Existenz des Anspruchs, dem es entgegensteht; insbesondere bewirkt es nicht eine Beschränkung seines Inhalts.[3])

β) Die regelmäßige Wirkung einer dilatorischen Einrede ist, daß sie die Verjährung des Anspruchs, dem sie entgegensteht, hemmt. Gewisse Einreden sind von dieser Wirkung ausgenommen. Es sind solche, die der Gläubiger ohne weiteres beseitigen kann und zu deren Beseitigung er auch verpflichtet ist. Hierhin gehört wie nach bisherigem Recht[4]) so nach BGB. (§ 202 Abs. 2) die Retentionseinrede.

γ) Bereits oben, als von den Unterscheidungsmerkmalen zwischen Pfand- und Retentionsrecht die Rede war, wurde festgestellt, daß das Retentionsrecht als solches dem Retinenten im Falle des Verlustes des

---

[1]) vgl. Luden S. 186; Lenz S. 398.

[2]) vgl. die Entsch. bei Seuffert Arch. XIV Nr. 159, XVIII Nr. 180, XXIII Nr. 176, XXIV Nr. 232. Auch die Theorie spricht sich vielfach für jene Formel aus: Goldschmidt § 95 S. 982; Groskopff S. 15 ff., S. 71 ff.; Sintenis § 91 Note 79, 80; Dernburg, Kompensation S. 371; Windscheid Bd. 2 S. 462; vgl. auch die für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltenden Ausführungen Dernburgs in seinen Pand. Bd. 2 §§ 21, 2, S. 61: „Unzweckmäßig wäre es, den Kläger, nachdem die Entscheidung über Klage und Einrede spruchreif ist, mit der Klage abzuweisen, damit er dann unter Angebot der von ihm zu machenden Leistung aufs neue klage."

[3]) vgl. Dernburg, Kompensation S. 366: „Die Forderung an und für sich wird durch das Retentionsrecht nicht verändert, sondern nur ihre Realisierbarkeit"; und Langheineken S. 356; er sagt mit Bezug auf die prozessuale Besonderheit der Bestimmungen der §§ 274, 322: „Der klageweise geltend gemachte Anspruch wird durch das Gegenüberstehen eines Gegenanspruchs weder . . . noch inhaltlich beschränkt."

[4]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 341; Windscheid Bd. 1 § 109 S. 489.

Retentionsobjektes keine Klage auf Rückgabe des verlorenen Gegenstandes gibt. Es bedarf dies an dieser Stelle einer besonderen Hervorhebung und Begründung.

Das Retentionsrecht stellt sich dar als eine sich aus gewissen Beziehungen zwischen zwei Personen ergebende Befugnis; es berechtigt den Schuldner zu einem bestimmten Verhalten dem Gläubiger gegenüber, gibt aber kein Recht *an* der Sache, die der Schuldner infolge Ausübung seines Rechts in seiner Gewalt behält. Daß dem Retinenten gleich dem Pfandgläubiger ein Recht auf den Besitz der Sache eingeräumt ist, kann auch nicht daraus geschlossen werden, daß dieser tatsächlich befugt ist, dem Retentionsgegner die retinierte Sache vorzuenthalten. Der Schuldner ist berechtigt, kraft seines Retentionsrechts den gegnerischen Anspruch zurückzuweisen. Daß er hierbei die Sache in seinem Besitze behält, ist lediglich die tatsächliche Folge der Ausübung seiner Befugnis; daß ihm das Retentionsrecht als solches ein Recht an der Sache gewährt, ist hiermit keineswegs behauptet.[1])

Hieraus ergibt sich eine wichtige Konsequenz. Wird dem Retinenten das Retentionsobjekt entzogen, kann er es auf Grund seines Retentionsrechts, als eines Rechts an der Sache, nicht wiedererlangen. Er kann lediglich vorgehen auf Grund der besonderen Rechtsbeziehungen, die ihn mit der Sache verbinden, etwa auf Grund seines Besitzes, Eigentums; auch eine Kontraktsklage kann er unter Umständen anstellen; man denke dem Entleiher ist die Sache wider Willen vom Verleiher entzogen worden. Diese Grundsätze gelten nach bisherigem [2]) wie heutigem Recht.[3])

δ) Eine andere Frage, die bereits an anderer [4]) Stelle kurz berührt ist, bedarf hier einer näheren Erörterung. Ist der Retinent als solcher zur Beobachtung einer gewissen Sorgfalt verpflichtet?

Die ältere Literatur ließ sich zu unberechtigten Analogieschlüssen verleiten. *Schenck* S. 276 ff. und *Lenz* S. 399 lassen den Retinenten noch in gleicher Weise haften wie den Pfandgläubiger, also für omnis culpa. Hiergegen wenden sich mit Recht *Groskopff* S. 82; *Sintenis* § 91 Note 83; *Goldschmidt* § 95 Ziff. 3 S. 984; *Langfeld* S. 130. Die Analogie ist in der Tat unhaltbar, wenn man sich der Verschiedenheiten der juristischen Natur von Pfand- und Retentionsrecht erinnert. Die Berechtigung und Verpflichtung des Pfandgläubigers beruht auf einem besonderen Obligationsverhältnis, eben dem Pfandvertrage, der als solcher dem Pfandgläubiger die Beobachtung eines besonderen Maßes von Sorg-

---

[1]) vgl. *Langfeld* S. 126: „Das Retentionsrecht gewährt kein Recht auf den Besitz der retinierten Sache."

[2]) *Goldschmidt* § 95 S. 988: „Eine Klage auf Wiederherstellung der Retention hat der Berechtigte als solcher nicht." *Langfeld* S. 126.

[3]) A. A. ist *Staub* für das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht; vgl. *Staub*, Komm. zu § 369 HGB. Anm. 38: Nach ihm kann der Retinent wie der Pfandgläubiger und Nießbraucher die Sache zurückverlangen. Ihm widersprechen *Cosack*, Lehrb. des Handelsr. § 31 II S. 131; *Dernburg*, Bürgerl. Recht Bd. 3 S. 768.

[4]) S. 20, s. Z. *ε*.

falt zur Pflicht macht. Ein Zurückbehaltungsrecht kann sich ergeben aus den verschiedensten Rechtsverhältnissen, bei denen sich die Haftung auch ganz verschieden gestalten kann; man halte z. B. nebeneinander die Haftung aus dem Verwahrungsvertrage und die aus der Leihe. Weigert der Verwahrer dem Anspruche des Hinterlegers gegenüber die Rückgabe kraft seines Retentionsrechts, braucht er nur für culpa lata (so nach gemeinem Recht) bezw. culpa in concreto (so nach BGB. bei unentgeltlicher Verwahrung; vgl. § 690) einzustehen. Uebt der Entleiher ein Retentionsrecht aus, haftet er dagegen für culpa levis (vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 90, 1a S. 243); ebenso ist es nach heutigem Recht. Nach diesem Rechtsverhältnis, nach dem der Retinent an sich zur Leistung verpflichtet wäre, bestimmt sich also auch die Haftung des Retinenten. Diese gemeinrechtlich allgemein vertretenen Grundsätze[1]) gelten auch für das BGB.,[2]) das keine positiven Bestimmungen in dieser Frage getroffen hat.[3])

Nicht recht klar sagt Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abt. S. 125: „In der Regel hat der Zurückhaltende nach § 276 Abs. 1 S. 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten." Dies soll doch wohl heißen: Seine Haftung richtet sich nach § 276 nur dann, wenn sie nicht kraft des besonderen Rechtsverhältnisses, aus dem er verpflichtet ist, oder aus anderen Gründen erhöht oder vermindert ist.

Jene anderen Gründe, die die Haftung des Retinenten beeinflussen können, sind bereits oben[4]) zum Teil erwähnt. Nach dem § 298 BGB. ist Annahmeverzug des Gläubigers begründet, wenn er die angebotene Leistung des Schuldners zwar annehmen, die von ihm geschuldete aber nicht leisten will. Infolge dieses Annahmeverzuges mindert sich die Haftung des Schuldners gemäß §§ 300 ff.

Der Satz: Der Retinent haftet nicht für ein bestimmtes Maß von Diligenz, bedarf jedoch einer Einschränkung. Es gilt lediglich für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht. Ist dem Schuldner vertragsmäßig ein Retentionsrecht eingeräumt, so wird er in der Regel kraft des Vertrages zur Beobachtung einer gewissen Sorgfalt verpflichtet sein, und zwar wird regelmäßig die Absicht der Parteien dahin gehen, die Haftung des Retinenten zu regeln nach Analogie der des Pfandgläubigers.[5]) Fehlt diese Absicht und ist weiter nichts vereinbart, haftet auch der kraft Vertrages Retentionsberechtigte nur für die Sorgfalt, für die er in seiner Eigenschaft als Schuldner des Retentionsgegenstandes einzustehen hat.

ε) Als bloßes Einrederecht verleiht das Retentionsrecht dem Schuldner

---

[1]) Langfeld S. 130; Goldschmidt S. 984.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 43.

[3]) Anders das preuß. ALR. I, 20 § 558, nach dem der Retinent wegen Verwahrung, Gebrauchs und Verwaltung der Sache die Obliegenheiten eines Pfandinhabers hatte.

[4]) S. 68 ff.

[5]) Bezgl. der Haftung des Pfandgläubigers vgl. l. 13 § 1, l. 14 D. de pign. act. vel contra 13, 7 u. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 285 Ziff. 1 S. 297 und §§ 1215, 1217, 1218 BGB.

nach gemeinem und heutigem Recht weder ein Verfügungsrecht über den Retentionsgegenstand, noch ein Recht, seine Nutzungen zu ziehen.

Daß es auch kein Verkaufsrecht gewährt, ist oben[1]) bereits gesagt; dort findet sich auch Näheres über die Bedeutung der in § 772 Abs. 2 und § 1003 BGB. gewährten Veräußerungsbefugnis.

ζ) Eine besondere Wirkung des Zurückbehaltungsrechts ist das dem Bürgen bezw. Schuldner gemäß § 772 Abs. 2 BGB. bezw. § 777 ZPO. auf Grund des Retentionsrechts des Gläubigers zustehende Verweisungsrecht.

α 1) Es sei zunächst kurz besprochen das Widerspruchsrecht des § 777 ZPO. Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Billigkeitsgedanke war bereits im gemeinen Recht verwirklicht im beneficium excussionis realis. Während dieses jedoch lediglich den Pfandgläubiger verpflichtete, sich zunächst an sein Spezialpfand zu halten, bevor er seine Befriedigung aus dem sonstigen ihm verpfändeten Vermögen des Pfandschuldners sucht,[2]) gibt die ZPO. auch dem Inhaber eines Zurückbehaltungsrechts an einer beweglichen Sache ein Widerspruchsrecht, falls der Vollstreckungsgläubiger, bevor er die Zwangsvollstreckung in die retinierte Sache betreibt, das sonstige Vermögen des Schuldners angreift. Diese Ausdehnung entspricht auch vollkommen der Billigkeit. Wie schon oben[3]) gesagt, soll sich der Gläubiger überhaupt, um dem Schuldner nicht unnötige Vermögensgegenstände zu entziehen, zunächst an diejenigen Sachen des Schuldners halten, die bereits zu seiner Sicherung in seinem Besitze sind.

Was die Voraussetzungen jenes Widerspruchsrechts betrifft, so ist es lediglich begründet, falls der Gläubiger eine *bewegliche* Sache des Schuldners als Retentionsobjekt in seinem Besitze hat. Es steht also keineswegs bei jeder Art von Zurückbehaltungsrecht zu. Diese Einschränkung ist wohl berechtigt mit Rücksicht auf die Erwägung, daß es sich vor allem um Gegenstände handeln muß, die dem Gläubiger Befriedigung gewähren können. Ein Zurückbehaltungsrecht an irgendeiner Handlung muß infolgedessen ohne Einfluß sein. Unter die beweglichen Sachen fallen auch die Wertpapiere. Dies dürfte einmal zu folgern sein aus der Tatsache, daß die ZPO. bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen lediglich unterscheidet die Zwangsvollstreckung in bewegliches und unbewegliches Vermögen; zu dem beweglichen Vermögen gehören auch die Wertpapiere. Sodann rechnet auch die ZPO. selbst an einer Stelle zu den beweglichen Sachen die Wertpapiere; vgl. § 808 Abs. 2 ZPO.: „Andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere . . .“ Wenn das BGB. in § 935 Abs. 2 den beweglichen Sachen nur Inhaberpapiere gleichstellt, so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß ein Zurückbehaltungsrecht an Orderpapieren zur Ausübung des Verweisungsrechts nicht berechtigen sollte; für

---

[1]) S. 8 f.

[2]) Auch das ALR. I, 20 § 46 beschränkte das Widerspruchsrecht lediglich auf den Pfandgläubiger.

[3]) S. 9.

eine derartige Beschränkung der schuldnerischen Befugnis dürfte kein triftiger Grund gefunden werden können.[1])

Fernere Voraussetzung für die Erhebung des Widerspruchs ist, daß mit der Zwangsvollstreckung bereits begonnen ist. Denn der Widerspruch wird erhoben nach Maßgabe von § 766 ZPO. Die in ihm vorgesehenen Einwendungen und Erinnerungen können aber nur dann erhoben werden, wenn eine bestimmte Vollstreckungshandlung vorliegt.[2])

Es bedarf einer besonderen Hervorhebung, daß die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe von § 777 ZPO. bedingt ist durch die Erhebung des Widerspruchs seitens des Schuldners. Keineswegs ist also der Gerichtsvollzieher oder das die Vollstreckung betreibende Gericht gehalten, von Amts wegen nachzuforschen, ob dem Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Schuldners zusteht. Diese Regelung ist auch vollkommen gerechtfertigt. Die Vorschrift des § 777 enthält eine Bevorzugung des Schuldners. Lediglich dieser hat ein Interesse daran, daß die Zwangsvollstreckung in der im § 777 vorgesehenen Weise vollzogen wird. Daß dieses sein Interesse auch nur dann Beachtung findet, falls er es berücksichtigt wissen *will*, ist nicht mehr als billig.

Es genügt nun aber keineswegs, daß der Schuldner den Gerichtsvollzieher auf das ihm zustehende Retentionsrecht aufmerksam macht. Durch eine etwaige Einwendung des Schuldners ist der Vollstreckungsbeamte überhaupt nicht gebunden; ja er wird sogar verpflichtet sein, unter gänzlicher Außerachtlassung jenes Widerspruchs des Schuldners die Pfändung in das sonstige Vermögen fortzusetzen. Wollte er sich auf den Widerspruch einlassen, würde er seine Zuständigkeit überschreiten. Er würde sich die Entscheidung einer unter Umständen schwer zu lösenden Frage, nämlich der Frage nach der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts, anmaßen. Mit gutem Grunde hat das Gesetz das Recht zur Erledigung dieser rein richterlichen Aufgabe dem Gerichtsvollzieher nicht erteilt, vielmehr in § 777 die Bestimmung getroffen: Der Schuldner kann nach Maßgabe von § 766 widersprechen. Der Schuldner muß also beim Vollstreckungsgericht seinen Widerspruch anbringen, und zwar unter Nachweis seines Zurückbehaltungsrechts und des Wertes der retinierten Sache. Das Widerspruchsrecht ist nämlich nur insoweit zulässig, als der Anspruch des Gläubigers durch den Wert der Sache gedeckt ist; vgl. § 777 S. 1 a. E. ZPO.

Das Gericht kann jetzt dem Widerspruch stattgeben und den Gerichtsvollzieher anweisen, die Zwangsvollstreckung in der vom Schuldner beantragten Weise zu vollziehen. Hält es ein Widerspruchsrecht des Schuldners nicht für vorliegend, weist es den Antrag ab, wogegen dem

---

[1]) Im Resultat übereinstimmend Struckmann-Koch ad § 777 Ziff. 2; „bewegliche Sachen des Schuldners: auch Wertpapiere" und Staub ad § 369 HGB. Anm. 60; a. A. Gaupp-Stein ad § 777 Note II a.

[2]) So auch Gaupp-Stein ad § 777 II c: „Der Weg des § 766 kann nur gegen konkrete Vollstreckungsmaßregeln beschritten werden."

Schuldner gemäß § 793 ZPO. das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zusteht.

Zugunsten des Gläubigers ist gegenüber dem Widerspruchsrecht des Schuldners ein besonderer Einwand begründet. Der Gläubiger kann nämlich nachweisen, daß ihm an demselben Gegenstande auch für eine andere Forderung ein Zurückbehaltungs- oder Pfandrecht zustehe. Gelingt jetzt dem Schuldner der Beweis,[1]) daß auch diese andere Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist, ist sein Widerspruch berechtigt, andernfalls muß er zurückgewiesen werden. Diese Einschränkung des Widerspruchsrechts ist nur zu billigen. Dem Gläubiger soll nicht ein wohlbegründetes Pfand- bezw. Zurückbehaltungsrecht entzogen werden.

β 1) Ein dem Gläubiger zustehendes Zurückbehaltungsrecht gibt nach BGB. (§ 772 Abs. 2 S. 1) dem Bürgen eine besondere Gelegenheit, von seiner Einrede der Vorausklage Gebrauch zu machen. Während der 1. Entwurf es lediglich dem Pfandgläubiger zur Pflicht machte, aus seiner Pfandsache Befriedigung zu suchen vor der Belangung des Bürgen, hat die 2. Kommission dem Pfandgläubiger den Zurückbehaltungsberechtigten gleichgestellt. Der innere Grund der Bestimmung des § 772 Abs. 2 S. 1 ist zu suchen in naheliegenden Billigkeitserwägungen, wie bereits oben[2]) dargelegt ist; hierauf sei verwiesen.

Nach Analogie der Regelung des Widerspruchsrechts des § 777 ZPO. ist auch die Voraussetzung für die Einrede nach Maßgabe des § 772 Abs. 2 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Schuldners. Für den Ausschluß der Einrede des Bürgen bei sonstigen Zurückbehaltungsrechten bezw. Pfandrechten des Gläubigers dürften dieselben Erwägungen maßgebend gewesen sein, die für die oben genannte Beschränkung des Widerspruchsrechts bestimmend waren.

Von Interesse ist der tiefgreifende Unterschied zwischen der juristischen Natur des Widerspruchsrechts des § 777 ZPO. und des dem Bürgen durch § 772 Abs. 2 BGB. eingeräumten Leistungsverweigerungsrechts.

In § 777 ZPO. handelt es sich um einen reinprozessualen Rechtsbehelf; in § 772 Abs. 2 BGB. um eine materiellrechtliche Einrede. Demgemäß sind auch die Rechtsmittel gegen die Zurückweisung des Widerspruchs und der Einrede der Vorausklage des § 772 Abs. 2 BGB. verschieden. Im ersteren Falle ist sofortige Beschwerde gestattet, im letzteren sind die regelmäßig gegen ein Urteil zustehenden Rechtsmittel zulässig.

Der von der zweiten Kommission eingefügte Satz 2 des § 772 Abs. 2 entspricht dem Satz 2 des § 777 ZPO. Es sei auf das bezgl. des letzteren Gesagte verwiesen.

5. Wir haben oben als Grundsatz kennen gelernt: Wesentliche Voraussetzung des Retentionsrechts ist die sogen. Gegenseitigkeit der Forderungen.

---

[1]) Die Verteilung der Beweislast ist bestritten. Nach Petersen-Anger ad § 777 Note 2 muß Gläubiger die Unzulänglichkeit beweisen. Wie Verfasser auch Gaupp-Stein ad § 777 Note IV.

[2]) S. 9.

Im folgenden werden wir uns mit der Frage zu beschäftigen haben, inwieweit Ausnahmen von jenem Prinzip anzuerkennen sind.

α α 1) Man hat das Retentionsrecht wohl ein akzessorisches Recht genannt. Die Bezeichnung hat bis zu einem gewissen Grade ihre Berechtigung; sie kann jedoch irreführend wirken. Es bedarf dies einer kurzen Begründung. Das Retentionsrecht ist insofern akzessorisch, als es nicht entstehen kann ohne einen Anspruch, zu dessen Sicherung es dienen soll. Nicht ist es jedoch akzessorisch in dem Sinne, daß es nach Analogie des Pfandrechts[1]) mit der Zession der Forderung auf den Zessionar ipso iure überginge. Das Retentionsrecht beruht auf einer gewissen Beziehung zweier Ansprüche zueinander. Es setzt nicht allein voraus ein Forderungsrecht, sondern auch eine Verpflichtung auf seiten des Retentionsberechtigten. Würde demgemäß lediglich die Forderung des Schuldners übertragen, ohne daß der Dritte dessen Leistungspflicht übernähme, mangelte es an einer wesentlichen Voraussetzung des Retentionsrechts; es fehlte das Retentionsobjekt. Bei einfacher Zession des Schuldneranspruchs muß also das Retentionsrecht untergehen.[2])

β 1) Dasselbe Ergebnis, Erlöschen des Retentionsrechts, scheint unumgänglich zu sein bei einer Schuldübernahme, denn auch hier fehlt es ja an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit der beiden Ansprüche. Der Uebernehmer ist Schuldner, aber nicht Gläubiger. Allein der Einwand der mangelnden Gegenseitigkeit schlägt hier nicht durch. Der Uebernehmer tritt nämlich so in die Schuld ein, wie sie auf der Seite des bisherigen Schuldners bestanden hat. Die Folge ist, daß ihm auch alle Einwendungen zustehen, die sich für den bisherigen Schuldner aus dem Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Gläubiger ergeben. Es ist dies auch allgemein im gemeinen Recht anerkannt, mit einziger Ausnahme der sogen. exceptiones personae cohaerentes.[3])

Die letztere Beschränkung ist im BGB. weggefallen, das sich im übrigen in diesem Punkte völlig dem gemeinen Rechte angeschlossen hat.[4])

Für uns folgt hieraus, daß dem Schuldübernehmer ohne weiteres die Zurückbehaltungseinrede des bisherigen Schuldners zusteht.[5])

Der Standpunkt Langfelds S. 136: „So wenig wie bei Uebertragung der Leistungspflicht ohne Zession des Gegenanspruchs die Retentionsbefugnis auf einen andern übergehen kann, ebensowenig ist dies möglich bei Zession ohne Uebertragung der Leistungspflicht" ist nur zum Teil richtig. Eine einfache Zession genügt allerdings nicht zum Uebergange des Retentions-

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 262,4 u. BGB. § 1250.

[2]) A. A. Schenck § 85 und die von ihm § 85 Note 3 Zitierten. Wie Verfasser auch Lenz S. 289; Luden S. 210ff.; Langfeld S. 136; Goldschmidt S. 984; Planck ad § 401 Note 1. Es braucht wohl kaum gesagt zu werden, daß im Falle einer Universalsukzession, z. B. Erbgang, auch das Retentionsrecht auf den Universalsukzessor übergehen muß, denn dieser tritt ja nicht nur in die Rechte, sondern auch in die Pflichten des Rechtsvorgängers ein.

[3]) vgl. Dernburg Bd. 2 § 53 S. 148.

[4]) vgl. § 417 BGB.

[5]) vgl. auch Schollmeyer ad § 417 Note 1a.

rechts; bei einer Schuldübernahme muß jedoch aus obigen Gründen der Uebergang des Retentionsrechts auf den Uebernehmer stattfinden.

γ 1) Eine weitere Ausnahme vom Prinzipe der Gegenseitigkeit ergibt sich für uns aus der Bestimmung, daß nach gemeinem Recht[1]) wie BGB.[2]) der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden dem Gläubiger entgegensetzen kann.

β) Auch ein Wechsel auf seiten des Gläubigers vermag unter Umständen nicht den Untergang des Retentionsrechts herbeizuführen. Daß die Ausübung des Retentionsrechts Dritten gegenüber nur in beschränktem Umfange gestattet ist, hat seinen Grund in seiner juristischen Natur; als Einrederecht kommt ihm nur eine beschränkte Wirksamkeit zu.

α 1) α 2) Sicherlich kann das Retentionsrecht auch dem Zessionar des Gläubigers gegenüber zur Durchführung gebracht werden;[3]) es folgt dies aus dem allgemeinen Grundsatze, daß der Schuldner die ihm zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Einwendungen auch dem Zessionar entgegensetzen kann;[4]) die gemeinrechtliche Ausnahme der exceptiones personae cohaerentes besteht nach heutigem Recht[5]) nicht mehr.

Schollmeyer meint ad § 273, 1 a: „Das Zurückbehaltungsrecht steht nur gegenüber dem Gläubiger des Retinenten, der zugleich sein Schuldner ist, nicht gegenüber dritten Personen zu. Der Singularsukzessor des Gläubigers ist zwar nicht Dritter, sondern selbst Gläubiger, aber er ist nicht Schuldner der dem Retinenten zustehenden Forderung." Schollmeyer berücksichtigt nicht die Bestimmung des § 404 BGB. Die mangelnde Gegenseitigkeit kann für die Zulassung des Retentionsrechts kein Hindernis sein. Daß ein Retentionsrecht auch dem Zessionar gegenüber ausgeübt werden kann, entspricht m. E. auch nur der Billigkeit. Würde man sich der Ansicht Schollmeyers anschließen, brauchte der Gläubiger, um die Geltendmachung der ihm lästigen Retentionseinrede unmöglich zu machen, nichts anders zu tun, als seine Forderung zu zedieren. Es widerspräche doch dem gerechten Empfinden, wenn dem Schuldner aus dieser ohne sein Wissen und seinen Willen geschehenen Rechtsänderung ein Nachteil erwachsen könnte.

β 2) Wir sagten oben: Dem heutigen Recht sind die sogen. exceptiones personae cohaerentes unbekannt. Dies gilt aber nur von solchen Einreden, die kraft Gesetzes eine ausschließliche Beziehung zu einer bestimmten Person haben; es besteht auch für unser heutiges Recht kein Hindernis, durch Parteivereinbarung eine Einrede zu schaffen, die lediglich dem Gläubiger und nicht dem Zessionar entgegengesetzt werden kann.[6])

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 215.
[2]) vgl. § 768.
[3]) vgl. Goldschmidt § 95 S. 991.
[4]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 52, 3 S. 144 und § 404 BGB.
[5]) § 302 des Entw. ist gestrichen.
[6]) vgl. Schollmeyer ad § 404.

Ein Beispiel gibt uns hierfür m. E. das vertragliche Retentionsrecht. Ist dem Schuldner ein Retentionsrecht eingeräumt, das ihm nicht schon kraft Gesetzes zustand, wird es dem Zessionar des Gläubigers gegenüber in der Regel nicht wirken können, denn die Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung nicht einzuklagen, ohne gleichzeitig die Forderung des Schuldners zu befriedigen, wird regelmäßig als eine höchstpersönliche gedacht sein, der der Rechtsnachfolger nicht unterworfen ist. Die Billigkeitserwägungen, die für die Zulassung des gesetzlichen Retentionsrechts gegenüber dem Zessionar sprechen, müssen hier gegenüber dem im Vertrage zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien zurücktreten.

Die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der Retentionseinrede dem Zessionar gegenüber kann sich also verschieden gestalten, je nachdem es sich handelt um ein gesetzliches oder vertragliches Zurückbehaltungsrecht.

β 1) Nach gemeinem Rechte ist es zweifelhaft, ob das Zurückbehaltungsrecht auch dann durchgreift, wenn der Gläubiger ein selbständiges dingliches Recht an dem Gegenstande der Retention einräumt; Langfeld S. 137 Note 2 nennt als Beispiel: Der Pfandschuldner bestellt an der Pfandsache, die dem Retentionsrecht der l. un. C. etiam ob chirogr. pec. unterliegt, einem Nießbrauch. Faselius § 27 nimmt an, daß das Zurückbehaltungsrecht einem dinglichen Rechte, das der ursprüngliche Gläubiger später einem Dritten einräumt, entgegengesetzt werden kann. Der von Faselius angeführte Grund: nemo plus iuris transferre potest. quam ipse habet hat jedoch einige Bedenken, vor allem wenn man in Betracht zieht, daß das dem Retentionsgegner an der zurückbehaltenen Sache zustehende Recht durch die Retentionseinrede in keiner Weise berührt wird, daß diese vielmehr lediglich die rein persönlichen Beziehungen zwischen dem Retentor und dem Retentionsgegner modifiziert. Die von Faselius vertretene Ansicht wird denn auch von den meisten Schriftstellern verworfen; vgl. Luden S. 195; Schenck § 78 S. 389; Goldschmidt S. 992; Langfeld S. 138. Als Ausnahme seiner Ansicht führt Langfeld S. 138 den Fall an, daß jemand auf die herauszugebende Sache Verwendungen gemacht hat, denn hier greife das Retentionsrecht gegen jeden Dritten durch, der das Retentionsrecht verlange; ähnlich auch Goldschmidt S. 990. Diesen Fall als Ausnahme des Prinzips hinzustellen, ist meines Erachtens verfehlt. Das Retentionsrecht wegen Verwendungen wirkt doch nur insoweit gegenüber dem Kläger, als von ihm wegen der Verwendungen Ersatz verlangt werden kann. Der den Anspruch erhebende Retentionsgegner ist der Schuldner des Gegenanspruchs des Retinenten; er ist nicht Dritter. Eine Besonderheit kann in diesem in der gemeinrechtlichen Literatur hervorgehobenen Retentionsrechtsfalle m. E. nicht erblickt werden.

Bzgl. der Zulassung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dritten dinglich Berechtigten ist nach BGB. eine Aenderung eingetreten, allerdings nur bzgl. beweglicher Sachen. Maßgebend ist die Vorschrift des § 986 Abs. 2 BGB. Hiernach kann der Besitzer einer Sache, die nach § 931 BGB.

durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.

Die Vorschrift des § 986 Abs. 2 BGB., und hiermit die Zulassung der Retentionseinrede, ist ohne weiteres auf den Fall auszudehnen, daß dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs bezw. des mittelbaren Besitzes gemäß § 1032, § 1205 Abs. 2 BGB. übertragen wird. Wenn diese Ausdehnung in § 986 Abs. 2 BGB. auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so dürfte sie doch einem Bedenken nicht unterliegen. Für sie sprechen dieselben Erwägungen, die die Zulassung des Retentionsrechts gegenüber dem Zessionar als billig erscheinen ließen; dem Rechte des Besitzers soll kein Abbruch geschehen durch die ohne seine Zustimmung erfolgte Aenderung der Rechtslage.[1])

Das Zurückbehaltungsrecht wirkt nun aber nicht nur gegenüber einem vertragsmäßig bestellten, sondern auch gegenüber einem später entstandenen gesetzlichen Pfandrecht. Da nach § 1257 BGB. auf das gesetzliche Pfandrecht die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung finden, muß auch der § 986 Abs. 2 BGB. bei der Entscheidung der Wirksamkeit des Retentionsrechts gegenüber gesetzlichen Pfandrechten in Betracht gezogen werden. Ein stichhaltiger Grund gegen die Uebertragung der fraglichen Bestimmung auf das durch Gesetz entstandene Pfandrecht ist m. E. nicht vorhanden.[2])

Wie wir sehen, ist nach BGB. die Ausübung des Retentionsrechts gegenüber dem dinglichen Recht eines Dritten sehr wohl möglich; sie ist jedoch nur insoweit gestattet, als der Dritte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einwendungen des Schuldners gegen sich gelten lassen muß Darüber hinaus ist ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem dinglichen Rechte eines Dritten versagt. Vor allem darf das Recht des Dritten nicht älter sein als das Retentionsrecht des Schuldners. Dieser kann z. B. ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache des B, die ihm von A, der schlechtgläubig in ihren Besitz gelangt ist, zur Verwahrung übergeben ist, wegen seiner konnexen Ansprüche gegen A dem Eigentumsanspruch des B gegenüber nicht ausüben, es sei denn, daß auch B zur Befriedigung der konnexen Forderung des Retinenten verpflichtet ist, was unter Umständen zutreffen kann, wenn dessen Anspruch durch Verwendungen entstanden ist.

---

[1]) Der hier vertretenen Auffassung sind Biermann ad § 1227 Note 1: „Die Anwendung von § 986 Abs. 2 unterliegt keinem Bedenken"; Planck ad § 1227 Note 1: „Gegen jeden Besitzer des Pfandes hat der Pfandgläubiger den dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes vorbehaltlich der Einwendungen, die dem Besitzer im Falle der Verpfändung nach § 1205, 2 gegen den abgetretenen Anspruch (§ 986, 2) zustehen"; Gierke, Fahrnisbesitz S. 44: „Die Vorschrift des § 986, 2 findet entsprechende Anwendung, wenn ein Nießbraucher oder ein Pfandgläubiger, dem der Nießbrauch oder das Pfandrecht im Wege der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache bestellt ist, mit dinglicher Klage die Herausgabe der Sache vom dritten Besitzer verlangt (§§ 1032, 1227)"; Staub ad § 369 HGB. Anm. 32; Fischer-Henle ad § 986 Ziff. 13.

[2]) A. A. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts § 31 II S. 131. Mit Vers. übereinstimmend Staub ad § 369 HGB. Anm. 32.

Der von Goldschmidt[1]) für das gemeine Recht aufgestellte Grundsatz: „Verfolgt der Kläger ein selbständiges dingliches Recht, so versagt das Retentionsrecht nicht allein gegen einen Nichtsukzessor des Verpflichteten, sondern auch gegen einen Rechtsnachfolger desselben" läßt sich demnach für unser heutiges Recht nicht mehr aufrechterhalten. Das Retentionsrecht steht dem gesetzlichen Pfandgläubiger entgegen; ferner wirkt es denjenigen gegenüber, denen ihr Recht vom Retentionsgegner übertragen ist (Eigentümer, Nießbraucher, Pfandgläubiger).

Auch Dernburgs[2]) Annahme: „Das Zurückbehaltungsrecht steht dem Zessionar des Gläubigers entgegen, nicht aber dritten dinglich Berechtigten" ist nur mit oben genannten Einschränkungen richtig.

Wie wirkt das Retentionsrecht gegenüber dem Pfändungspfandrecht eines Dritten am Retentionsgegenstande?

Wird der retinierte Gegenstand von dritter Seite gepfändet, steht dem Retinenten als solchem kein Exekutionsinterventionsrecht zu nach Maßgabe des § 771 ZPO., denn das Retentionsrecht begründet nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht am Retentionsgegenstande. Ist er nicht im Besitze der Sache, kann er auch nicht einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse geltend machen; denn ein Vorzugsrecht am Retentionsgegenstand steht dem Schuldner kraft seines Retentionsrechts nicht zu.[3])

γ 1) In diesem Zusammenhange muß auch der Einfluß einer Pfändung des Gläubigeranspruchs auf das dem Schuldner zustehende Zurückbehaltungsrecht geprüft werden.

Daß dem Schuldner — im Sinne der ZPO. Drittschuldner — dem Gläubiger — im Sinne der ZPO. Schuldner — gegenüber sein Retentionsrecht erhalten bleibt, ist oben[4]) bereits gesagt. Hier handelt es sich um die Ausübbarkeit des Retentionsrechts des Drittschuldners dem Pfändungsgläubiger gegenüber. M. E. wird durch die Pfändung die Ausübbarkeit des Retentionsrechts, das bereits vor der Pfändung begründet war, keineswegs ausgeschlossen. Für das Erlöschen des Retentionsrechts spricht auch nicht die Erwägung, daß dem Pfandrecht als dinglichem und infolgedessen stärkerem Rechte das Retentionsrecht als bloßes Einrederecht zu weichen habe. Im Gegenteil, beide Rechte können sehr wohl nebeneinander bestehen. Das Retentionsrecht läßt das Pfandrecht des Pfändungsgläubigers in seinem Bestande unangetastet.[5])

Im übrigen entspricht auch die Zulassung des Retentionsrechts den Grundsätzen der Billigkeit. Die Billigkeitserwägungen, die die Aufrecht-

---

[1]) S. 991; § 95.

[2]) BR. Bd. 2. 1 Abtlg. S. 126.

[3]) A. A. Staub ad § 369 HGB. Anm. 58 für das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht, das seiner Ansicht nach ein dingliches Recht ist.

[4]) S. 11 f.

[5]) vgl. auch Gaupp-Stein ad § 829 ZPO. Ziff. IV, 3: „Gegen den Gläubiger hat er (nämlich der Drittschuldner) alle Einwendungen, die ihm zur Zeit der Pfändung gegen den Schuldner zustanden."

erhaltung des Retentionsrechts gegen den Zessionar und den mittelbaren Besitzer als angemessen erscheinen ließen, müssen auch hier in Betracht gezogen werden.

Hat sich der Vollstreckungsgläubiger die Forderung des Gläubigers — des Schuldners im Sinne der ZPO. — gegen den Schuldner — Drittschuldner im Sinne der ZPO. — zur Einziehung überweisen lassen, besteht für letzteren kein Hindernis, das ihm gegenüber dem Gläubiger (Schuldner) zustehende Retentionsrecht auch dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber zur Durchführung zu bringen, denn dem Drittschuldner stehen dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber alle Einreden in demselben Umfange zu, wie vor der Ueberweisung zur Einziehung.[1])

Daß im Falle einer Ueberweisung an Zahlungsstatt das Retentionsrecht des Drittschuldners dem Gläubiger gegenüber erhalten bleibt, ergibt sich, da die Forderung wie bei der Zession auf den Gläubiger übergegangen ist, aus § 404 BGB.

Diese Grundsätze gelten nicht nur bei Geldforderungen, sondern auch bei Ansprüchen auf andere Objekte; vgl. die §§ 829 ff. ZPO. und die §§ 846 ff. ZPO.

Es muß besonders betont werden, daß lediglich ein Retentionsrecht, das bereits zur Zeit der Pfändung bezw. Ueberweisung dem Schuldner gegenüber begründet war, in seiner Wirksamkeit gegenüber dem Pfändungsgläubiger nicht gehindert wird. Treten die Voraussetzungen des Retentionsrechts gegenüber dem Schuldner erst nach der Pfändung, d. h. der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner, bezw. nach der Ueberweisung ein, kann von einem Retentionsrechte gegenüber dem Pfändungsgläubiger nicht die Rede sein.

δ 1) Aeußerst bestritten ist im gemeinen Rechte die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den Konkursgläubigern im Konkurse des Retentionsgegners.

Die ältere Literatur, so Glück Bd. 15 S. 132, Lenz S. 400, Schenck S. 353, versagte dem Retinenten ein Retentionsrecht gegenüber den Konkursgläubigern. In der neueren gemeinrechtlichen Doktrin dringt allmählich die entgegengesetzte Auffassung durch: Groskopff § 18; Sintenis § 91; Goldschmidt § 95 S. 993; Langfeld S. 141. Es hängt dies zusammen mit dem Wechsel der Anschauungen bezgl. des Rechts der Konkursgläubiger an der Konkursmasse. So erhalten nach Lenz S. 400 die Gläubiger durch die Konkurseröffnung ein pignus praetorium an der Masse, dem gegenüber als einem selbständigen dinglichen Recht die Retentionseinrede nicht wirke, und nach Schenck S. 350 ff. sind die Gläubiger gar dingliche Singularsuccessoren des Gemeinschuldners, denen gegenüber ein Retentionsrecht nicht durchgreife. Die neuere gemeinrechtliche Lehre hat den Nachweis der Unhaltbarkeit dieser Ansicht erbracht; vgl. Goldschmidt S. 995. Er kommt zu den Resultat: „Das Retentionsrecht steht keineswegs nur gegen die Person des Verpflichteten, sondern gegen einen

[1]) So auch Glaupp-Stein ad § 835 ZPO. Ziff. IV. c.

jeden zu, welcher nur dessen Rechte gegen den Retinenten geltend zu machen befugt ist. Dies gilt von der Gläubigerschaft, welche die Vermögensrechte des Gemeinschuldners nur in demselben Umfange überkommt, in welchem dieser sie hatte".[1])

Unsere heutige KO. hat den Standpunkt der neueren gemeinrechtlichen Lehre nicht adoptiert. Nach der KO. gilt folgendes: Der Befriedigung der Gläubiger dient das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, und zwar in dem Bestande, in dem es sich befand zur Zeit der Konkurseröffnung; vgl. § 1 KO. Demgemäß können Zurückbehaltungsrechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht: § 15 KO. Wenn also überhaupt ein Zurückbehaltungsrecht Berücksichtigung finden soll, muß es bestanden haben vor der Konkurseröffnung. Aber auch ein zur Zeit der Konkurseröffnung begründetes Zurückbehaltungsrecht kann nicht unbeschränkt dem Konkursverwalter gegenüber ausgeübt werden. Für eine möglichst große Beschränkung der Wirksamkeit des Retentionsrechts im Konkurse sprechen verschiedene Erwägungen.

Das gesamte dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen, die Konkursmasse, dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger. Zum Zweck dieser Befriedigung ist es vom Konkursverwalter zu verwerten; vgl. §§ 1, 3, 117 KO. Irgend welche Vorzugsrechte, die an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen zugunsten einzelner Gläubiger bestellt sind, verlieren mit dem Konkurse ihre Wirkung, es sei denn, daß ihre Wirksamkeit in der KO. besonders anerkannt ist; vgl. die §§ 4, 47 ff., 54 ff. KO. Das Gesetz berücksichtigt nun ein Retentionsrecht lediglich in zwei hervorgehobenen Ausnahmefällen; vgl. § 49 Ziff. 3, 4 KO.[2]) Aus jener beschränkenden Fassung ist unzweifelhaft die Folgerung zu ziehen, daß außer den in § 49 KO. genannten Retentionsrechtsfällen eine Berücksichtigung des Retentionsrechts im Konkurse nicht stattzufinden hat. Es ist m. E. verfehlt, mit Seuffert[3]) anzunehmen, dem Retentionsberechtigten stehe in den sonstigen Retentionsrechtsfällen zwar nicht ein Absonderungsrecht, aber doch eine Einrede gegen den Konkursverwalter zu. Eine solche Annahme widerspricht dem Geiste des Gesetzes. Vergegenwärtige man sich nur die Wirkung einer solchen Ausübung des Retentionsrechts auf das Konkursverfahren. Während der auf Grund von § 49 Ziff. 3 durch ein Absonderungsrecht ausgezeichnete Retentionsberechtigte gemäß § 127 Abs. 1 KO.[4]) verpflichtet ist, die retinierte Sache dem

---

[1]) Ähnlich auch Langfeld S. 140.

[2]) § 49 Ziff. 4 bezieht sich auf das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht und kommt für uns nicht in Betracht.

[3]) Deutsches Konkursprozeßrecht S. 112.

[4]) § 127 Abs. 2 KO. kommt nur in Betracht, falls dem Retinenten das Selbstbefriedigungsrecht gemäß § 1003 BGB. zusteht.

Konkursverwalter zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben und sich mit einem Rechte auf den Erlös zu begnügen, wäre der auf Grund eines sonstigen Retentionsrechts die Leistung weigernde Schuldner berechtigt, eben die geschuldete Sache oder den sonstigen Gegenstand an sich zu behalten. Seine Forderung würde also wirksamer geschützt als die des nach § 49 Ziff. 3 KO. absonderungsberechtigten Retinenten.

Durch die Zulassung der Retentionseinrede gegenüber dem Anspruche des Konkursverwalters auf Herausgabe des Retentionsgegenstandes wird dem Verwalter ferner die ordnungsmäßige Durchführung des Konkurses geradezu unmöglich gemacht. Denn ihm wird ein der Konkursmasse geschuldeter Gegenstand vorenthalten; an seiner Verwertung ist er demgemäß gehindert. Ist das Retentionsobjekt wertvoll, insbesondere höher im Werte stehend als das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners, wird dem Konkursverwalter die möglichst baldige Auslieferung des Retentionsobjekts besonders wünschenswert sein, denn nur so wird er in den Stand gesetzt, eine Verteilung an die Konkursgläubiger vorzunehmen. Um nun aber die Auslieferung des Retentionsobjekts zu erwirken, wird ihm nichts anderes übrig bleiben, als die Forderung des Retinenten vor den in § 61 KO. genannten Forderungen zu befriedigen. Eine solche Benachteiligung der in § 61 KO. genannten Gläubiger steht aber sicherlich nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzes.

Ist die Gegenforderung des Konkursschuldners hoch, das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners aber gering, wird der Konkursverwalter sogar genötigt sein, die Masse mit einem Darlehn zu beschweren, um in den Besitz des Retentionsgegenstandes zu gelangen und dessen Verwertung zu verwirklichen. Wie wir sehen, ist durch die ausgedehnte Zulassung des Zurückbehaltungsrechts der Konkursverwalter unter Umständen gezwungen, zu Maßregeln zu greifen, durch die seine Tätigkeit wesentlich erschwert und die Durchführung des Konkursverfahrens nicht unbeträchtlich verzögert wird. Dieses Ergebnis muß aber unter allen Umständen vermieden werden.

Bedenkt man ferner, daß die Zulassung der Retentionseinrede gegenüber den Konkursgläubigern einer Voraussetzung des Retentionsrechts, der Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung, widerspricht, wird man zu dem Resultate gelangen, daß im Konkurse ein Retentionsrecht über den vom Gesetz festgesetzten Rahmen hinaus nicht anzuerkennen ist. Demgemäß ist kein Raum für ein Retentionsrecht, wenn der Verwendungsanspruch über den noch vorhandenen Vorteil hinausgeht (vgl. § 49 Ziff. 3 KO.), wenn ein Anspruch wegen Ersatzes des durch die Sache verursachten Schadens begründet, wenn kraft Vereinbarung ein Retentionsrecht geschaffen ist, oder wenn es an andern Gegenständen besteht als an „Sachen."

Die retinierten Gegenstände sind daher zur Masse zu liefern, und der ehemalige Retinent kann Befriedigung seiner Forderung als Konkursgläubiger verlangen.[1])

---

[1]) Abweichend Seuffert a. a. O. Mit Verf. im Ergebnis übereinstimmend Schollmeyer ad § 273 Ziff. 1a; Rehbein B. 2 S. 91. „Im Konkurse wirkt

Die Vorschrift des § 49 Ziff. 3 ist nur auf bewegliche Sachen anwendbar; der Verwendungsanspruch des Besitzers eines Grundstücks gibt kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück.

c) Das Zurückbehaltungsrecht im Prozeß.

Es gibt zwei Möglichkeiten, so sagten wir oben, das Zurückbehaltungsrecht zur Geltung zu bringen; im Prozeß und außerprozessual. Das Zurückbehaltungsrecht außerhalb des Prozesses haben wir kennen gelernt. Es bedarf noch einer Betrachtung der Ausübung und Wirksamkeit unsers Rechtsinstituts im Prozeß.

1. Wir haben dargelegt, daß für das materielle Recht mit dem Existentwerden der Voraussetzungen des Retentionsrechts der Eintritt seiner Wirkungen gegeben ist, ohne weiteres, ohne daß es einer Willensäußerung seitens des Schuldners bedürfte. Dieser Eintritt der Wirkungen kann nun aber sowohl nach gemeinem Recht wie BGB. im Prozeß nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Schuldner die ihm zustehende Retentionseinrede vorschützt. Dieser wesentliche Unterschied zwischen der außerprozessualen nnd prozessualen Wirksamkeit des Retentionsrechts ist beachtenswert. Er findet seinen Grund in der juristischen Natur des Retentionsrechts als einer Einrede. Diese erzeugt nicht eine Negation des Anspruchs, sondern übt lediglich einen Einfluß aus auf seine Durchführung. Der Kläger, der den mit der Retentionseinrede behafteten Anspruch geltend macht, fordert, was ihm geschuldet wird. Es ist demgemäß lediglich konsequent, wenn das Gesetz nicht vom bloßen Dasein der Retentionseinrede, sondern von ihrer Geltendmachung ihre Beachtlichkeit im Prozesse abhängig macht, vgl. § 274 BGB.

Hölder kann sich allerdings mit dieser Regelung nicht einverstanden erklären; vgl. Hölder in Busch Bd. 29 S. 78: „Daß nach dem Gesetz die Existenz dieser Beschränkung (nämlich des Anspruchs) bedingt ist durch ihre Geltendmachung beruht auf dem Vorurteile, als existiere überhaupt der durch ein Recht des andern gegebene gänzliche oder teilweise Ausschluß eines Anspruchs nicht ohne die Geltendmachung jenes Rechts"; ebenso derselbe im Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 93 S. 115 ff. Wie jedoch oben nachzuweisen versucht ist, kann die Prämisse Hölders nicht aufrecht erhalten werden. Das Retentionsrecht bewirkt tatsächlich nicht eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs; hiermit erledigt sich auch die oben wiedergegebene Auffassung Hölders.

Daß das Retentionsrecht nur bei ausdrücklicher Geltendmachung prozessual wirksam wird, läßt auch folgende Erwägung gerechtfertigt erscheinen. Die Retentionseinrede ist eine zugunsten des Schuldners bestehende Befugnis, die den Prozeß in einer für ihn vorteilhaften Weise

---

das Zurückbehaltungsrecht nur so weit, als die KO. es anerkennt: KO. § 49 Nr. 3, 4;" Jäger zu § 49 KO. Anm. 42; Schlegelberger § 15 S. 184 ff.; für einen besonderen Fall, das vertragliche Retentionsrecht s. RGE. in Zivils. Bd. 20 S. 133 ff., insbesondere S. 136.

zu beeinflussen vermag; es entspricht demgemäß auch nur dem Gebote der Billigkeit, daß der Richter angewiesen ist, nur dann die Einrede seinem Urteile zugrunde zu legen, wenn der Schuldner den Willen, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, zu erkennen gibt.

Die Ansicht Hölders dürfte auch aus praktischen Erwägungen abzulehnen sein. Sie bewirkte eine unnötige Verzögerung der Prozeßführung. Der Richter müßte, falls aus dem klägerischen Vorbringen das etwaige Bestehen einer konnexen Gegenforderung hervorgeht, diese von Amts wegen prüfen, zwecks ihrer Feststellung unter Umständen umfangreiche Beweise erheben. Diese Erschwerung des Prozeßbetriebs wird vermieden bei dem Standpunkt des Gesetzes; die Gegenforderung bleibt außer Betracht, falls der Schuldner sich nicht auf sie beruft. Vor allem wäre es auch im Versäumnisverfahren eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung des Gläubigers, wenn der Erlaß des Versäumnisurteils von einer langwierigen Feststellung der Gegenforderung abhängig gemacht würde.

Im gemeinen Recht ist es nicht zweifelhaft gewesen, daß das Retentionsrecht bezw. die Einrede nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist; bzgl. des Retentionsrechts vgl. Lenz S. 398, Langfeld S. 123 ff., Schenk § 83; bzgl. der Einrede im allgemeinen Windscheid, Pand. Bd. 1 § 47 Anm. 1 S. 111 a. E. Denselben Standpunkt vertreten für das heutige Recht die meisten Schriftsteller; vgl. u. a. bzgl. der Einrede Crome Bd. 1 § 36: „Die Einrede darf vom Richter nie von Amts wegen berücksichtigt werden"; Suppes § 3 S. 6 ff., Friedenthal S. 44, Zitelmann S. 34, 2; bzgl. des Retentionsrechts Crome Bd. 1 § 124. Wenn auch Endemann die Einredenatur des Retentionsrechts leugnet, so spricht er sich dennoch mit Recht gegen eine Beachtung des Retentionsrechts von Amts wegen aus: Bd. 1 § 126 Note 21 S. 713.

Die Art der Geltendmachung des Retentionsrechts im Prozeß bedarf noch einer näheren Darlegung. Der Wille des Beklagten auf Grund eines Retentionsrechts die geschuldete Leistung zu verweigern, kommt jedenfalls in dem bloßen Antrage auf Klageabweisung nicht genügend klar zum Ausdruck.[1]) Unerläßlich für die prozessuale Beachtung des Retentionsrechts ist seine ausdrückliche Geltendmachung im Wege der „Einrede" im Sinne des Prozesses. Eine bestimmte Form für ihre Vorschützung ist vom Gesetze nicht vorgesehen. Jedenfalls muß jedoch der Schuldner unter Berufung auf seine fällige konnexe Gegenforderung den Willen erklären, die Leistung bis zur Befriedigung jenes Anspruchs zu verweigern.

---

[1]) Bei sonstigen Einreden wird allerdings der Verweigerungswille vielfach durch den Antrag auf Klageabweisung hinreichend kundgegeben werden können; insofern hat Fischer-Henle recht, wenn er sagt ad § 202 BGB. Note 6 S. 110: „regelmäßig genügt der Antrag auf Abweisung der Klage." Allein daß der Richter in diesem Antrage nicht ohne weiteres den Willen der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts erkennen kann, liegt auf der Hand.

2. Im Falle des Bestreitens des Klägers muß jetzt auch Beklagter für jene Voraussetzungen des Retentionsrechts den Beweis erbringen.[1])

Diese den Beklagten treffende Beweispflicht ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast. Der sich auf die Einrede berufende Beklagte hat auch ihre Begründung zu beweisen. Wendet jetzt Kläger ein, das Zurückbehaltungsrecht sei wegen Befriedigung der schuldnerischen Gegenforderung oder wegen Sicherheitsleistung erloschen, oder es stehe überhaupt nicht zu, weil der retinierte Gegenstand durch vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt sei, oder weil seiner Ausübung die Natur des Schuldverhältnisses widerstreite (vgl. § 273 BGB.), so trifft ihn für diese Behauptungen die Beweislast.

3. *a*) Wird die Retentionseinrede vorgeschützt, wird das Gericht regelmäßig, um die Uebersichtlichkeit des Prozesses zu wahren und Verwirrung zu vermeiden, auf Grund der ihm durch § 146 ZPO. gegebenen Befugnisse eine Beschränkung der Verhandlung auf die Retentionseinrede eintreten lassen.[2])

β) Stets muß jedoch die Einrede in dem über den Hauptanspruch eröffneten Prozeß erledigt werden; die Möglichkeit einer Verweisung von Klage und Retentionseinrede in völlig getrennte Prozesse ist durch die Bestimmung des § 145 ZPO. ausgeschlossen: vgl. insbesondere § 145 Abs. 3 ZPO. und § 302 ZPO.[3]) Ein Trennungsrecht ist nach der klaren Fassung von § 145 ZPO. nur gegeben, wenn mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben werden, wenn der Beklagte mittelst Widerklage einen Anspruch geltend macht, der mit dem Anspruche der Klage nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, und wenn der Beklagte mit einer Gegenforderung aufrechnen will, die mit der klägerischen Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

Nicht ganz zweifelsfrei war die Entscheidung der Frage bei dem dem § 145 entsprechenden § 136 der ZPO. a. F. Während § 136 Abs. 1 mit § 145 Abs. 1 übereinstimmt, lautete der Abs. 2 des § 136: „Dasselbe (nämlich die Möglichkeit einer Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen) gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht." Im großen und ganzen war man sich darin einig, daß unter Vorbringung einer Gegenforderung nur die Erhebung einer Widerklage und das Vorschützen der Kompensationseinrede zu verstehen sei.[4])

---

[1]) So auch Schollmeyer ad § 274 Ziff. 1.

[2]) vgl. Gaupp-Stein ad § 146 Ziff. II.: „Die Anwendung des § 146 setzt voraus, daß in der Verhandlung eine Mehrheit selbständiger Angriffs- oder Verteidigungsmittel in Beziehung auf einen und denselben Anspruch geltend gemacht werden; es genügt jedoch, wenn auch nur einem Angriffsmittel ein Verteidigungsmittel gegenübersteht, so daß zuerst über den Klagegrund, dann über die Einrede verhandelt werden kann."

[3]) Ebenso Schlegelberger S. 169.

[4]) A. A. Langfeld S. 118 Anm. 10.

Und in der Tat stellt sich auch die Geltendmachung der Retentionseinrede in keiner Weise dar als Vorbringen der ihr zugrunde liegenden Gegenforderung. Der die Retentionseinrede erhebende Beklagte will keineswegs eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über seine Gegenforderung herbeiführen, sondern sich lediglich gegen die klägerische Forderung verteidigen;[1]) vgl. hierzu RG.: Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 8 S. 364: „Der Zweck der Retentionseinrede besteht nur darin, die eingeklagte Forderung mittels einer aus dem Vorhandensein einer Gegenforderung zu begründenden exceptio doli zu beseitigen. Demnach kann die Retentionseinrede nur als ein Verteidigungsmittel des Beklagten angesehen werden und folglich darf eine in der ersten Instanz nicht geltend gemachte Retentionseinrede gemäß § 491 Abs. 1 ZPO. noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden;" vgl. vor allem RG. a. a. O. Bd. 15 S. 421; hier heißt es: „ . . . sodann aber ist es auch unmöglich, in dem § 136 unter der Gegenforderung im Sinne des Abs. 2, in Beziehung auf welche das Gericht unter Umständen anordnen kann, daß sie in einem getrennten Prozesse verhandelt werde, außer Widerklage und Kompensationseinrede auch Retentionseinrede zu verstehen, da nicht abzusehen wäre, worauf in getrennten Prozessen über eine Retention event. verurteilt werden sollte;" vgl. auch die Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 40, S. 158 (Urteil des RG. [V. Zivilsenat] vom 12. Juni 95); Struckmann-Koch ad § 145 Abs. 3 Anm. 3.

4. Will der Retentionsgegner, wie festgestellt, mit der Retentionseinrede nicht eine rechtskräftige Entscheidung über seine Gegenforderung erwirken, so folgt hieraus, daß der Geltendmachung der Retentionseinrede in der Berufungsinstanz kein Hindernis entgegensteht. Denn nach § 529 ZPO. dürfen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, auch noch in zweiter Instanz vorgebracht werden, neue Ansprüche jedoch, abgesehen von den zu Gunsten der Kompensation und der Fälle des § 268 Nr. 2, 3 ZPO. getroffenen Ausnahmen nicht erhoben werden. Unter Erhebung eines Anspruchs kann man im prozessualen Sinne nur diejenige Geltendmachung eines Anspruchs verstehen, durch welche eine der Rechtskraft fähige Zuerkennung desselben beantragt wird.[2])

Daß der Retinent nicht eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über seinen Gegenanspruch herbeiführen will, ist unzweifelhaft; vgl. RG. a. a. O. Bd. 15 S. 421; Gaupp-Stein ad § 529 Ziff. III.: „Neue Ansprüche im Sinne des Abs. 2 von § 529 sind nur die Widerklage und die Inzidenteststellungsklage. Die Einreden sind keine Ansprüche, auch wenn es sich um Einreden handelt, die einen selbständigen Anspruch geltend machen, wie namentlich die Einrede des Zurückbehaltungsrechts." Will der Schuldner die Retentionseinrede erheben, so kann er dies, mag es geschehen in erster oder in der Berufungsinstanz bis zum Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht; vgl. § 278 Abs. 1 ZPO.

[1]) vgl. auch die Ausführungen oben S. 5ff.
[2]) vgl. RG.: Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 8 S. 364.

Hiermit ist jedoch die Möglichkeit der Ausübung eines Retentionsrechts gegenüber einem durch rechtskräftiges Urteil festgestellten Anspruch keineswegs ausgeschlossen. Abgesehen davon, daß im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens ein Retentionsrecht seitens des Schuldners vorgeschützt werden kann, ist der Schuldner unter Umständen imstande, dem vollstreckenden Gläubiger gegenüber ein Retentionsrecht zur Geltung zu bringen. Entstehen nämlich die Gründe, auf denen das Zurückbehaltungsrecht beruht, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einreden gegen den Anspruch nach den Vorschriften der ZPO. spätestens hätten vorgebracht werden können, kann der Schuldner sein Retentionsrecht beim Prozeßgericht erster Instanz im Wege der Klage dem Gläubiger gegenüber geltend machen. Handelt es sich um ein Versäumnisurteil, darf der Einspruch nicht mehr zulässig sein, die Einspruchsfrist muß insbesondere abgelaufen sein.[1])

5. α) Wir haben oben festgestellt, daß der Schuldner mit der Retentionseinrede nicht einen Anspruch im Sinne der ZPO. erheben will. Ist dies richtig, so kann auch mit der prozessualen Geltendmachung des Retentionsrechts keine Rechtshängigkeit (gemäß § 281 ZPO.) der der Einrede zugrunde liegenden Forderung bewirkt werden.

β) Die wesentlichste Wirkung des Zurückbehaltungsrechts im Prozesse ist sein Einfluß auf den klägerischen Antrag.

Wird dem Klageantrag eine dilatorische Einrede entgegengesetzt, tritt regelmäßig Abweisung der Klage ein. Die Retentionseinrede hat jedoch die besondere Wirkung der Verurteilung des Gegners zur Leistung Zug um Zug.

Während in der gemeinrechtlichen Doktrin in der Anerkennung jener Wirkung eine Einigung nicht erzielt werden konnte,[2]) ist jene Wirkung der Verurteilung zur Leistung Zug um Zug vom BGB. zum Gesetz erhoben worden (§ 274 BGB.).

Der innere Grund für diese eigenartige Formulierung des Urteils ist zum Teil bereits an anderer Stelle[3]) dargelegt. Wie dort gesagt, entspricht sie einer billigen Rücksichtnahme auf die dem Schuldner gegebene materiellrechtliche Befugnis. Sie verhindert, daß der Schuldner seine Rechte mißbraucht, indem er retiniert, bis er seine Gegenleistung in Händen hat; sie bietet eine Gewähr dafür, daß wirklich ein Austausch von Leistung gegen Gegenleistung stattfindet. Unzweifelhaft hat jene Erwägung im gemeinen Recht nicht unwesentlich zur Anerkennung der besonderen prozessualen Wirksamkeit des Retentionsrechts, der beschränkten Verurteilung, beigetragen.

Allein die Zweckmäßigkeit jener Formel, Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, erhellt noch aus andern Gründen. Im Tenor des Urteils,

---

[1]) Für die Möglichkeit der Ausübung des Retentionsrechts in der Zwangsvollstreckung auch Rehbein Bd. 2 S. 96 Ziff. 82.

[2]) s. oben S. 74.

[3]) s. oben S. 73 a. E.

in dem der Beklagte zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird, ist stets die dem Gläubiger obliegende Leistung genau anzugeben. Dieser weiß also stets, was er zu leisten hat, um seinerseits vom Gegner Befriedigung zu erlangen.

Ist Beklagter zur Leistung Zug um Zug verurteilt, kann Kläger ferner sofort zur Zwangsvollstreckung schreiten; im Falle einer Klageabweisung ist er genötigt zu einer erneuten Klageanstellung, falls Beklagter, obwohl die Leistung angeboten ist, dem Klageanspruche nicht nachkommen sollte.

Hiernach kann jedenfalls dem Gläubiger jene Urteilsformulierung nur erwünscht sein. Aber auch die Interessen des Schuldners werden durch sie in keiner Weise verletzt. Da dieser ja den Anspruch des Gläubigers als einen begründeten und fälligen durchaus anerkannt und lediglich die Befriedigung seines Gegenanspruchs durchzusetzen sucht, wird durch die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug sein Begehren in zufriedenstellender Weise berücksichtigt.

Daß die beschränkte Verurteilung nichts zu tun hat mit einer inhaltlichen Beschränkung des klägerischen Anspruchs ist bereits oben[1]) ausgeführt.

Während es im gemeinen Rechte wenigstens nach der Ansicht Langfelds S. 126 dem Ermessen des Richters überlassen blieb, Abweisung der Klage oder Verurteilung zur Leistung Zug um Zug eintreten zu lassen, muß das Gericht nach heutigem Recht nach Vorschützen der Retentionseinrede das Urteil in der in § 274 BGB. vorgeschriebenen Weise formulieren. Das Gericht hat ohne weiteres auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zu erkennen, ohne daß ein besonderer Antrag des Beklagten erforderlich wäre.[2])

Der Eintritt jener prozessualen Wirkung kann auch nicht gehindert werden durch einen etwaigen Antrag des Beklagten auf Abweisung der Klage. Würde der Beklagte einwenden: Ich mache das Retentionsrecht geltend und beantrage Abweisung der Klage, so muß doch der Richter zur Leistung Zug um Zug verurteilen. Die Vorschrift des § 274 ist unzweifelhaft zwingender Natur. Dies erhellt einmal aus der Fassung: „Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist."

Ferner spricht dafür der Umstand, daß die Retentionseinrede, obwohl sie nicht auf eine inhaltliche Beschränkung eines Anspruchs hinweist, doch nur eine Verurteilung zu inhaltlich beschränkter Leistung bewirkt; dies ist eine Besonderheit und eine Abweichung von der regelmäßigen

---

[1]) S. 71 ff.

[2]) André ist für den der Retentionseinrede ähnlichen Fall der exceptio non adimpleti contractus der Ansicht, daß es im gemeinen Recht stets eines besonderen Antrages der Parteien auf bedingte Verurteilung bedurfte, da andernfalls einfache Abweisung der Klage auszusprechen sei; vgl. André S. 132.

Wirkung der Einrede (vgl. die Worte nur die Wirkung in § 274 Abs. 1), eine Abweichung, deren Einführung aus verschiedenen Gründen[1]) empfehlenswert erschien.

Es ist der Wille des Gesetzes, daß die Vorschrift des § 274 unter allen Umständen, nicht nur bei entsprechendem Antrage des Beklagten Anwendung finden soll. Auch durch Parteivereinbarung kann sie nicht außer Kraft gesetzt werden. Die Verurteilung zu einer inhaltlich beschränkten Leistung ist eine dem Retentionsrechte des heutigen Rechts charakteristische Wirkung, die auch die Parteien im Falle der Begründung eines vertraglichen Retentionsrechts im technischen Sinne regelmäßig gegen sich gelten lassen müssen.[2])

α 1) Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist demgemäß unabhängig davon, ob auf seiten des Beklagten ein auf ihre Herbeiführung gerichteter Wille vorhanden ist oder nicht; die Vorschätzung des Retentionsrechts im Prozeß ist ebensowenig eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung wie die außerprozessuale Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. Inwiefern hier ein wesentlicher Unterschied zwischen der Retentionseinrede und der Aufrechnung des heutigen Rechts besteht, ist oben schon gesagt. Es sei nochmals daran erinnert, daß die Aufrechnung, auch wenn sie im Prozeß erfolgt, nach heutigem Recht ziviles Rechtsgeschäft ist; daß die Aufrechnungserklärung dadurch, daß sie im Prozeß geltend gemacht wird, ihre Natur verändern sollte, ist nicht einzusehen.[3])

Im gemeinen Recht war die Kompensation Einrede; sie stimmte also ihrer rechtlichen Natur nach mit dem Retentionsrechte überein.

β 1) Aus jenem Unterscheidungsmerkmale ergibt sich weiterhin eine wichtige Konsequenz. Als Rechtsgeschäft gehört die Aufrechnung nicht zu den Prozeßhandlungen, zu deren Vornahme die Prozeßvollmacht berechtigt (§ 81 ZPO.); zur Aufrechnung und deren Entgegennahme bedarf es vielmehr nach heutigem Recht einer besonderen Vollmacht.[4])

Die Geltendmachung des Retentionsrechts ist ebenso wie die gemeinrechtliche Aufrechnung Prozeßhandlung; einer besonderen Prozeßvollmacht zu seiner Vorschützung und Entgegennahme bedarf es nicht.

γ) Wie unten darzulegen, hat der Gläubiger die Möglichkeit, das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Das Urteil kann jedoch niemals lauten auf Erfüllung gegen Sicherheitsleistung.[5])

Die Befugnis zur Sicherheitsleistung ist ein zugunsten des Gläubigers gegebenes Recht, von dem er vor allem dann Gebrauch machen wird, wenn es ihm darum geht, möglichst bald ein Urteil über seinen Anspruch zu erlangen unter Vermeidung des oft langwierigen Prozesses über das

---

[1]) vgl. die Ausführungen oben S. 92, 93.

[2]) S. 25 f.

[3]) vgl. Siber S. 112; Planck ad § 388 Ziff. 1; Schollmeyer, Vorbem. zur Aufrechnung S. 327 Ziff. 2a; Enneccerus Bd. 1 § 215 IV 1 S. 528.

[4]) So auch Planck ad § 388 Ziff. 1; A. A. Crome Bd. 2 § 194 S. 303; Schollmeyer, Vorbem. zur Aufrechnung S. 318 Ziff. 2a.

[5]) So auch Schollmeyer ad § 274 Ziff. 1.

Retentionsrecht. Das Gericht selbst kann jedoch weder von Amts wegen noch auf Antrag eine Abkürzung des Prozesses durch die Verurteilung zur Erfüllung gegen Sicherheitsleistung herbeiführen. Es hat lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Retentionsrechts vorliegen und hat bei ihrem Fehlen den Schuldner unbeschränkt zu verurteilen, bei ihrem Vorhandensein das Urteil in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise zu formulieren.

Natürlich ist der Gläubiger in keiner Weise gehindert, bis zur Verkündung des Urteils Sicherheit zu leisten und hierdurch eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung schlechthin zu erwirken. Es ist lediglich eine Verurteilung des Schuldners zur Leistung gegen Sicherheitsleistung unmöglich.

d) Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsvollstreckung. (Die Vollstreckung des auf Leistung Zug um Zug lautenden Urteils.)

Es ist zunächst zu fragen, wann und von wem ist die vollstreckbare Ausfertigung, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung erfolgt (§ 724 ZPO.), zu erteilen. Die vollstreckbare Ausfertigung kann seitens des Gerichtsschreibers des Gerichts erster Instanz oder des höheren Gerichts, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, ohne weiteres erteilt werden; eines durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbrachten Beweises, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, bedarf es nur dann, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht (§ 726 ZPO.); in diesem Falle darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden; vgl. § 726 Abs. 2 und § 894 Abs. 1 ZPO. Eine Erweiterung der Prüfungspflicht tritt ein, so bald mit der Zwangsvollstreckung begonnen wird. Die beiden hier maßgebenden Vorschriften, die §§ 756, 765 ZPO., sind durch die neue Fassung der ZPO. vom 20. Mai 1898 mit Rücksicht auf § 274 Abs. 2 BGB. eingeführt. Nach dieser Bestimmung kann nämlich der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur dann betreiben, wenn der Schuldner entweder schon befriedigt, oder doch wenigstens im Annahmeverzuge ist. Demgemäß darf auch der Gerichtsvollzieher mit der Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn er sich überzeugt hat, daß eine der beiden Voraussetzungen vorliegt; und zwar muß der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzuge ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden und eine Abschrift dieser Urkunden muß bereits zugestellt sein, oder sie muß gleichzeitig mit der Vornahme der Vollstreckungsmaßregel zugestellt werden. Kann dieser Beweis nicht erbracht werden, muß der Gerichtsvollzieher selbst dem Schuldner die ihm gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise anbieten; dann erst kann er vollstrecken: vgl. § 756 ZPO. Eine Modifikation dieser Grundsätze ergibt sich, wenn das Vollstreckungsgericht die Vollstreckung zu betreiben hat. Dieses kann

nämlich eine Vollstreckungsmaßregel nur dann anordnen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Annahmeverzuge ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist. Hat jedoch der Gerichtsvollzieher bereits früher nach Maßgabe von § 756 ZPO. unter Anbietung der geschuldeten Leistung die Zwangsvollstreckung begonnen, bedarf es jener Zustellung nicht, wenn der Beweis durch das vom Gerichtsvollzieher aufgenommene Protokoll geführt wird; vgl. § 765 ZPO.

Hält der Schuldner die fraglichen Bestimmungen für verletzt, kann er gemäß § 766 ZPO. seine „Anträge, Einwendungen und Erinnerungen" beim Vollstreckungsgericht anbringen, eventl. steht ihm der Beschwerdeweg offen; § 793 ZPO.

VI. Gründe für die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts.

Im folgenden Abschnitte sollen im Zusammenhang die Gründe erörtert werden, die ein Zurückbehaltungsrecht nicht zur Entstehung kommen lassen, oder doch wenigstens seine Ausübung ausschließen.

a) Steht dem schlechtgläubigen und fehlerhaften Besitzer ein Retentionsrecht zu?

Besonders bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern, die ein Retentionsrecht nur an Sachen anerkennen, ist es eine vielerörterte Frage, ob Gutgläubigkeit des Besitzers der retinierten Sache und Fehlerhaftigkeit des Besitzes zur Wirksamkeit des Retentionsrechts erforderlich seien.

Während die ältere Literatur, so Faselius § 9; Schenck S. 87 ff.[1]) dem schlechtgläubigen und fehlerhafter Besitzer ein Retentionsrecht versagt, warnen die neueren Schriftsteller mit Recht vor jeder Verallgemeinerung. So weist Groskopff § 16 darauf hin, daß in dem Hauptanwendungsfalle des Retentionsrechts, wenn es sich handelt um Ersatz von Impensen, gerade auch dem malae fidei possessor der rei vindicatio gegenüber wegen notwendiger Verwendungen ein Retentionsrecht zusteht, der hereditatis petitio gegenüber gar wegen nützlicher Verwendungen; bei persönlichen Rechtsverhältnissen muß nach Groskopff stets geprüft werden, wie weit nach ihnen der Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen hat; diesem entsprechend muß auch ein Retentionsrecht zugebilligt werden.

Langfeld[2]) differenziert: Hatte der Retinent die Detention des Objekts bereits zur Zeit der Entstehung seines Gegenanspruchs, so kommt

[1]) Lenz S. 385 spricht nur dem malae fidei possessor das Retentionsrecht ab.

[2]) S. 113.

es auf das einzelne Rechtsverhältnis an, ob die mala fides das Retentionsrecht auszuschließen vermag; bestand der Gegenanspruch jedoch schon, bevor der Retinent die Detention erhielt, „so ist das Retentionsrecht nicht anzuerkennen, wenn er die Detention in rechtswidriger Weise erlangt hat;" vgl. auch Seuffert Arch. Bd. 5 Nr. 105; Goldschmidt § 94 endlich meint: „Ist der Retentionsgegenstand eine Sache, so braucht an sich der Retinent weder rechtmäßig noch fehlerfrei, noch in gutem Glauben zu besitzen. Indessen steht doch dem unredlichen und vitiösen Besitzer die Billigkeit, auf welche allein das Retentionsrecht sich gründet, nur ausnahmsweise zur Seite."

Der Umstand, daß gegen den fehlerhaften Besitzer im Besitzprozesse geklagt wurde, war im gemeinen Recht kein Grund für den Ausschluß der Retentionseinrede; vgl. Goldschmidt S. 971: „Gegen die Besitzklagen sind dergleichen Einreden nicht ausgeschlossen und nur im summarischen Prozeß wird Liquidität erfordert."

Auch nach dem BGB. ist dem fehlerhaften Besitzer gegenüber der Besitzklage die Berufung auf sein Retentionsrecht gestattet, es sei denn, daß die verbotene Eigenmacht sich darstellt als eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung; so auch Biermann ad § 863 Note 1 b.

Die Schlechtgläubigkeit des Besitzers einer Sache ist nach BGB. an sich kein Hinderungsgrund für die Ausübbarkeit des Retentionsrechts. Besteht zugunsten des Besitzers ein konnexer fälliger Gegenanspruch, ist er in der Geltendmachung seines Retentionsrechts in keiner Weise beschränkt; vgl. auch die §§ 994 ff. und 2022 BGB.

b) Der im § 273 Abs. 2 BGB. aufgestellte Ausschließungsgrund.

Die Tatsache der Schlechtgläubigkeit des Retinenten kann diesem als Ausschließungsgrund des Retentionsrechts nach heutigem Recht grundsätzlich nicht entgegengesetzt werden. Anders liegt aber die Sache, wenn der schlechte Glaube des Retinenten darauf beruht, daß er den Retentionsgegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat; jetzt muß das Retentionsrecht untergehen; vgl. § 273 Abs. 2 und § 1000 BGB. Hiermit geht das Gesetz über den bereits im gemeinen Rechte anerkannten Satze hinaus, wonach dem Dieb[1]) ein Retentionsrecht zu versagen ist; denn eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung liegt auch vor z. B. beim Betrug. Andererseits beschränkt das Gesetz wohlberechtigter Weise die Bestimmung des sächsischen Gesetzbuchs § 769: „Ein Zurückbehaltungsrecht steht demjenigen nicht zu, welcher durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz der Sache gekommen ist, um deren Herausgabe es sich handelt." Es ist sicherlich mit dem gerechten Empfinden nicht in Einklang zu bringen, dem fahrlässig Handelnden gewissermaßen als Strafe ein Zurückbehaltungsrecht zu entziehen. Wollte man

[1]) vgl. Goldschmidt § 94 Note 13 S. 972.

jedoch dem dolos handelnden Delinquenten ein Retentionsrecht bewilligen, würde den Grundsätzen der Billigkeit, die gerade unser Rechtsinstitut beherrschen, aufs gröblichste widersprochen werden. Das BGB. verlangt daher mit Recht eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung. Ihre Strafbarkeit ist unerheblich. Was alles unter einer unerlaubten Handlung zu verstehen ist, ist in den §§ 823 ff. BGB. näher dargelegt.

Die unerlaubte Handlung muß von dem zur Herausgabe Verpflichteten begangen sein. Findet z. B. ein Dritter die gestohlene Sache, so ist er wegen etwaiger Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, sehr wohl zur Retention berechtigt. Es wäre jedenfalls eine Ungerechtigkeit, wollte man dem gutgläubigen Finder die Befugnis zur Retention absprechen. Es soll doch lediglich der Täter gestraft werden; unbeteiligte Dritte dürfen durch seine Handlungsweise in ihren Rechten in keiner Weise geschmälert werden. Anders verhält es sich nur, wenn dem dritten Besitzer selbst wieder eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zur Last gelegt werden kann. Stiehlt z. B. ein Dritter die dem Eigentümer entwendete Sache dem ersten Dieb oder nimmt er sie als Hehler in Empfang, kann von einem Retentionsrecht keine Rede sein. Hiermit ist bereits gesagt, daß die unerlaubte Handlung keineswegs gegen denjenigen begangen zu sein braucht, der die Herausgabe der retinierten Sache fordern kann.[1]) Dem Dritten, der die gestohlene Sache dem vermeintlichen Eigentümer stiehlt, steht ebenso wenig ein Zurückbehaltungsrecht zu, wie dem ersten Diebe.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes versagt das Retentionsrecht an einem durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten Gegenstande nur dann, wenn dem Anspruche des Retentionsgegners auf Seiten des Retinenten ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch den Gegenstand verursachten Schadens entgegensteht. Wie verhält es sich nun aber in folgendem Falle? B hat sich unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des A für ein Darlehn Vermögensvorteile gewähren lassen, die den Wert seiner Leistung dermaßen übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. Unzweifelhaft hat B durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung das Vermögen des A schwer geschädigt; vgl. § 302 a StrGB. und § 823 BGB. Das zwischen A und B abgeschlossene Rechtsgeschäft ist nichtig; vgl. § 138 Abs. 2 BGB. Kann jetzt B, wenn A seinen Anspruch auf Rückgabe seiner Leistung nach Maßgabe der Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordert, ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, bis A das von B Empfangene zurückerstattet? Hält man sich streng an den Wortlaut des Gesetzes, kann man zweifelhaft sein. Es heißt in § 273 Abs. 2:

„Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens

[1]) So auch Schollmeyer ad § 273 Note 2b., 1 S. 91.

zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Nach strenger Wortauslegung bezieht sich, worauf bereits oben kurz hingewiesen wurde, der am Ende des § 273 Abs. 2 ausgesprochene Ausschließungsgrund lediglich auf den Fall, daß jemand zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ihm zugleich aber ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht. Da man nun aber, so könnte man folgern, wohl kaum sagen kann, daß sich die Darlehnshingabe darstellt als eine Verwendung, gemacht auf die Leistung des A, oder als ein durch diese verursachter Schaden, so ist dem B ein Zurückbehaltungsrecht zu bewilligen. Dieses Ergebnis widerspricht sicherlich der Billigkeit; es dürfte auch mit dem Willen des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen sein. Es ist schlechterdings kein Grund abzusehen, warum zwar dem Dieb ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruches auf Ersatz der Verwendungen versagt, dem gewissenlosen Wucherer aber wegen seines Anspruchs auf Rückgabe seiner Leistungen ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt werden soll. Erwägungen der Billigkeit dürften doch wohl in letzterem Falle ebenso sehr gegen die Bewilligung eines Zurückbehaltungsrechts sprechen wie im erstgenannten Falle. Es ist denn auch wohl die Vorschrift des § 273 Abs. 2 a. E. extensiv dahin zu interpretieren, daß schlechthin in allen Fällen ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen ist, falls dem Anspruche auf Rückgabe des durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung Erlangten ein fälliger konnexer Gegenanspruch — konnex im Sinne der oben gegebenen Interpretation des Begriffs „entstanden sein aus demselben rechtlichen Verhältnis" — zusteht; der Gegenstand des Gegenanspruchs ist unerheblich, insbesondere kommt nichts darauf an, ob der Anspruch gerichtet ist auf Ersatz von Verwendungen, die auf den Retentionsgegenstand gemacht sind, oder auf Ersatz eines durch ihn verursachten Schadens; entscheidend ist lediglich, daß der Gegenspruch zum Anspruch des Gläubigers im Verhältnis der Konnexität im obengenannten Sinne steht.

c) Die sonstigen positiv rechtlichen Ausnahmefälle des BGB.

Aehnliche Erwägungen der Billigkeit, die die Ausschließung der Retention eines durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten Gegenstandes gerechtfertigt erscheinen ließen, führten zur Aufstellung weiterer Ausnahmefälle. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts darf vor allem nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Gläubigers führen. Die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner müssen derartig sein, daß dem Gläubiger aus der Vorenthaltung der geschuldeten Leistung nicht Nachteile erwachsen, durch die seine Rechtslage ungebührlich verschlechtert wird.

1. Eine den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechende Schädigung des Gläubigers würde nun aber in der Regel eintreten durch

die Gewährung der Retentionsbefugnis an den Mieter oder Pächter eines Grundstücks. Nur zu häufig würde das Zurückbehaltungsrecht durch den Mieter oder Pächter gegenüber dem Vermieter oder Verpächter zu schikanöser Ausübung mißbraucht werden. Wegen geringer und dazu, wie sich später vielleicht herausstellt, ungerechtfertigter Ansprüche könnte der Mieter bezw. Pächter durch Vorenthaltung des gemieteten bezw. gepachteten Grundstücks nach Ablauf der Miet- bezw. Pachtzeit seinem Gegenkontrahenten die Möglichkeit einer Weitervermietung = verpachtung entziehen. Dem Vermieter bezw. Verpächter könnte hierdurch ein beträchtlicher Schaden entstehen, vor allem wenn man bedenkt, daß Miet- und Pachtverträge regelmäßig nur zu bestimmten Terminen im Jahre abgeschlossen werden. Diese Schädigung des Gläubigers ließe sich aber in keiner Weise rechtfertigen durch Hinweis auf den Rechtsschutz, der den Ansprüchen des Schuldners bewilligt werden müsse. Gerade mit Rücksicht auf die regelmäßige Geringfügigkeit der Gegenansprüche des Mieters bezw. Pächters müßte es geradezu als eine Ungerechtigkeit erscheinen, wollte man ihre Sicherung durch eine etwaige schwere Schädigung des Vermieters, Verpächters erkaufen. Bedenkt man ferner, daß der Mieter oder Pächter durch den Grundbesitz des Vermieters, Verpächters in der Regel hinreichend gesichert ist, so kann man es nur billigen, wenn das BGB. im Gegensatz zum gemeinen Recht dem Mieter und Pächter eines Grundstücks die Befugnis zur Retention abspricht; vgl. die §§ 556 Abs. 2, 581 Abs. 2 BGB.[1]) Dasselbe gilt für den Mieter von Wohnräumen und anderen Räumen; vgl. § 580 BGB.

Andererseits wäre es nun auch wieder in keiner Weise gerechtfertigt, wollte man die Retentionsverbote auf den Mieter beweglicher Sachen ausdehnen. Hat z. B. jemand ein Buch aus der „Leihbibliothek entliehen" und es mit einem neuen Einbande versehen, kann er sehr wohl von seinem Retentionsrechte bis zum Ersatze seiner Aufwendungen Gebrauch machen. Dem Vermieter entsteht aus der Retention kaum ein nennenswerter Schaden; und wenn er ihn trifft, muß er ihn billigerweise tragen, denn er steht in entsprechendem Verhältnisse zur Forderung des Mieters und zu dessen Interesse an ihrer Sicherung.

2. Daß es ferner dem Bevollmächtigten untersagt ist, die Vollmachtsurkunde zu retinieren, ist vollkommen gerechtfertigt mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 172 Abs. 2 BGB.; es wird so verhindert, daß der Bevollmächtigte unbefugterweise auf Grund der Vollmachtsurkunde Geschäfte abschließt und hierdurch den Vollmachtgeber schädigt.

3. Dem Erben steht nach § 223 KO. wegen der ihm nach den §§ 1978, 1979 BGB. aus dem Nachlasse zu ersetzenden Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Die fragliche Vorschrift soll einer Verzögerung der Verwertung der Masse vorbeugen und verhindern, daß der Verwalter event. genötigt wird, zum Zwecke der Berichtigung der

[1]) vgl. auch die Ausführungen der Prot. Bd. 2 S. 189 und bei Endemann Bd. 1 § 126 Note 15 S. 711.

Ersatzforderungen des Erben Geld auf den Kredit der Masse aufzunehmen.[1]) Eine genügende Sicherung der Ersatzansprüche des Erben ist dadurch bewirkt, daß diese gemäß § 224 Ziff. 1 KO. aus der Masse befriedigt werden müssen.

d) Das Zurückbehaltungsrecht darf überhaupt nicht zugelassen werden, „sofern sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt".

Wir haben die Fälle kennen gelernt, in denen kraft positiver Vorschrift des Gesetzes ein Retentionsrecht ausgeschlossen ist. Durch diese besondere Statuierung von Ausnahmefällen ist nun keineswegs ausgesprochen, daß im übrigen stets ein Retentionsrecht gegeben sein müsse, falls sich nur zwei fällige konnexe Gegenansprüche gegenüberstehen.

Wie schon oben bei der Besprechung der vom Gesetz hervorgehobenen Ausnahmefälle angedeutet, müssen eben die Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner derartig sein, daß die Retention nicht der Natur des Anspruchs des Gläubigers zuwiderläuft, daß nicht dem Gläubiger aus der Zurückbehaltung ein nicht zu billigender Schaden erwächst. Das Gesetz nimmt auf diese Erwägungen Rücksicht, indem es ein Retentionsrecht dann nicht zuläßt, wenn sich „aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt"; vgl. § 273 Abs. 1 BGB. Diesen Worten muß die weiteste Interpretation zuteil werden. Anderer Ansicht ist Pappenheim. In seiner Abhandlung über das Retentionsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen in der Deutschen Juristenzeitung 7. Jahrg. S. 86 ff. wendet er sich gegen Goldmann, (Kommentar zum HGB. I Anm. 3 ad § 59 unter IV, 4), der meint, es müsse im Falle der Unpfändbarkeit der Forderung des Gläubigers angenommen werden, daß sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt und infolgedessen ein Retentionsrecht zu versagen ist. Pappenheim macht dem gegenüber geltend, daß aus den fraglichen Worten des Gesetzes — „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt" — die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen nicht gefolgert werden dürfe, da mit jenem Passus des Gesetzes lediglich ein einziger Ausschließungsfall getroffen werden könne. Seine Beweisführung ist folgende[2]):

Die in Rede stehenden Worte sind in zweiter Lesung dem unserm § 273 entsprechenden § 233 des ersten Entwurfs zum BGB. eingefügt worden. Denn es heißt in den Protokollen: „Im Interesse der Deutlichkeit erachtete man es für wünschenswert, die im § 234 des Entwurfs durch Verweisung auf den § 364 bezweckte Einschränkung der Regel durch den Zwischensatz ‚sofern nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt' zum Ausdruck zu bringen." Im § 364 aber lautete der

[1]) vgl. die bei Jäger ad § 223 KO. Anm. 1 zitierten Worte der Begründung S. 49.

[2]) Pappenheim a. a. O. S. 86 ff.

entsprechende Satz: „sofern er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist". Der Zwischensatz des § 273 Abs. 2 „sofern nicht . . ." wäre demzufolge, meint Pappenheim, dahin zu verstehen, daß der Schuldner beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen das Zurückbehaltungsrecht hat, sofern er nicht nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zur Vorleistung verpflichtet ist.

Es mag Pappenheim zugegeben werden, daß es gewiß unter Umständen seinen guten Sinn hat, der Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Bestimmung nachzugehen, um zur Klarheit über sie zu gelangen. Unbedingt zu verwerfen ist jedoch dieses Verfahren, wenn es zu Resultaten führt, die dem Gesetzestext und dem Willen des Gesetzes direkt widersprechen. Mag es auch wirklich die Absicht der Kommission gewesen sein, die im § 234 des ersten Entwurfes aufgestellte Einschränkung der Regel durch den Zwischensatz „sofern nicht . . ." zum Ausdruck zu bringen, so kann es doch bei einer unbefangenen Betrachtung keinem Zweifel unterliegen, daß in der Tat durch die neue Fassung eine weittragende materielle Aenderung herbeigeführt ist, und zwar eine Aenderung, die nur gebilligt werden kann. Sie bietet uns eine Handhabe, das Retentionsrecht in einer Reihe von Fällen auszuschließen, in denen seine Zulassung jedem gesunden Empfinden geradezu widersprechen muß. Die Pappenheimsche Interpretation muß Resultate zeitigen, die dem Geiste des Gesetzes in keiner Weise entsprechen. Es ist sicherlich der Wille des Gesetzes, das Retentionsrecht auszuschließen, wenn die Verweigerung der Leistung nicht nur einstweilige Hemmung, sondern völlige Unmöglichkeit der Erfüllung herbeiführen würde.[1])

Dies würde z. B. zutreffen, wenn der Anspruch des Gläubigers auf Nichtveröffentlichung eines Werkes geht und der Schuldner durch Veröffentlichung des Werkes sein Retentionsrecht ausübt. Ueberhaupt muß bei allen Ansprüchen, die auf ein Unterlassen gehen, die Berechtigung der Zulassung des Retentionsrechts besonders geprüft werden. Es verbietet eben in diesen Fällen die Natur des Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner die Geltendmachung der Retentio, denn für ein Retentionsrecht ist nur dann Raum, wenn dem Gläubiger durch die Ausübung des Retentionsrechts die Aussicht auf nachträgliche Befriedigung nicht genommen wird.

Wer ferner gemäß § 259 BGB. zur Rechnungslegung verpflichtet ist, kann nicht mit dieser zögern, bis ihm die durch die Rechnungslegung entstandenen Auslagen ersetzt sind, denn die Rechnungslegung soll gerade den Berechtigten über Einnahmen und Ausgaben — zu letzteren dürften auch die Auslagen gehören — unterrichten.[2])

Von einem Zurückbehaltungsrecht kann natürlich stets auch dann nicht die Rede sein, wenn es ausdrücklich durch Vertrag ausgeschlossen ist oder doch stillschweigend dadurch, daß es mit dem Inhalte der zwischen zwei Parteien getroffenen Vereinbarung in Widerspruch steht.

[1]) vgl. Schollmeyer ad § 273 Note 2b α.
[2]) Schollmeyer ad § 273 Note 2b α.

Ebensowenig ist gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe des Kindes ein Zurückbehaltungsrecht gestattet wegen eines Anspruchs auf Alimentation, „da jedenfalls der absolute Charakter der dem Kläger dem Kinde gegenüber obliegenden Pflicht einer solchen Einrede entgegensteht".[1])

Den gleichen Standpunkt vertrat bereits das gemeine Recht; vgl. Seuffert, Arch. Bd. 1 Nr. 82: „Aus der Unzulässigkeit des Besitzes an einem freien Menschen folgt, daß gegenüber dem vom Vater angestellten interdictum de liberis ducendis so wenig von einer Einrede der Retention wegen noch nicht berichtigter Alimentations- und Erziehungskosten oder wegen sonstiger Schulden . . . die Rede sein kann."

Ueberhaupt muß vor einer oberflächlichen Behandlung der einzelnen Retentionsrechtsfälle gewarnt werden. Das Gesetz hat dem Zurückbehaltungsrecht ein äußerst weites Anwendungsgebiet zugesprochen. Wie wir schon gesehen haben, läßt es ein Retentionsrecht nicht nur zu an Sachen, sondern auch an jeder Leistung, an einer Handlung, an einem Unterlassen, sofern sich nur beide Ansprüche „aus demselben rechtlichen Verhältnis" ergeben. Es kann nicht geleugnet werden, daß gerade durch diese weite Ausdehnung der Retentionsbefugnis unbilligen Resultaten Tür und Tor geöffnet sind; es wurden daher nach dem Erscheinen des zweiten Entwurfes vielfach Stimmen laut, die eine Beschränkung der Retention auf ganz bestimmte Fälle dringend empfahlen.[2])

Unbilligen Ergebnissen kann nur durch sorgfältigste Prüfung des Einzelfalles vorgebeugt werden; auf den juristischen Takt des Richters wird vielfach alles ankommen. Sache des Richters wird es sein, zu erwägen, ob nicht die Natur der gegenüberstehenden Ansprüche, die rechtlichen Beziehungen zwischen den streitenden Parteien und die Grundsätze von Treu und Glauben der Ausübung des Retentionsrechts widerstreiten. § 226 BGB., der oft als Lückenbüßer dienen muß, wird hier recht gute Dienste leisten können; auch die Anwendung von § 242 BGB., der ja generell für alle Schuldverhältnisse in gleicher Weise gilt, darf nicht vergessen werden.

Die gewonnenen Ergebnisse werden in Betracht zu ziehen sein bei Erörterung der Frage:

e) Kann der Retinent nur einen dem Gegenanspruche entsprechenden Teil retinieren?

Im gemeinen Recht billigen die meisten Schriftsteller, so Schenck S. 70, 108; Lenz S. 399; Luden S. 87 ein Retentionsrecht an der

---

[1]) Mot. Bd. 4 S. 754; übereinstimmend Neumann ad § 273 Note II, 2; Schlegelberger S. 123.

[2]) vgl. Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich S. 16; Petraczycki Bd. 2 S. 520. Das von ihm angeführte Beispiel paßt jedoch nicht für das Retentionsrecht; es ist nicht aus § 273, sondern aus den §§ 320, 242 zu entscheiden; so auch Rehbein Bd. 2 S. 96 Ziff. 81.

ganzen Leistung. Man stützt sich vor allem auf die Quellen, die von einer Einschränkung des Retentionsrechts nichts wissen. Wenn Schenck S. 70 die Befugnis zur Retention der ganzen Leistung herzuleiten sucht aus den bei dem Pfandrechte geltenden Grundsatze: indivisa est pignoris causa (l. 65 D. 21, 2), so ist dem entgegenzuhalten, daß nach dem oben dargelegten Verhältnis des Retentionsrechts zum Pfandrecht jene Analogie in keiner Weise zwingend ist.

Die ganze Frage kann nicht entschieden werden ohne Berücksichtigung der Zwecke, die das Retentionsrecht verfolgt. Wie auseinandergesetzt, ist im Retentionsrechte ein Mittel des Rechtsschutzes zu erblicken, das nicht nur sichert, sondern auch zwingt. Gerade diese Zwangsfunktion des Retentionsrechts muß in Betracht gezogen werden. Soll ein Retentionsrecht nur sichern, wie es nach Staubs[1]) Ansicht bei dem handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechte der Fall ist, „können nicht wegen einer Forderung von 1000 Mk. Wertpapiere im Effektivwerte von 10 000 Mk. retiniert werden".[2]) Soll jedoch das Zurückbehaltungsrecht auch zwingen, und dies trifft jedenfalls zu für das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechts, muß grundsätzlich dem Schuldner die Befugnis zur Retention der ganzen Leistung zuerkannt werden; so mit Recht für das gemeine Recht Langfeld S. 115. Die gegenteilige Ansicht Goldschmidts § 95 Ziff. 4b S. 985: „Es darf im Zweifel nur so viel retiniert werden, als überhaupt oder um der Unteilbarkeit des Leistungsobjekts willen zur Deckung des Berechtigten erforderlich ist", ist m. E. in keiner Weise gerechtfertigt und widerspricht dazu noch der auch von Goldschmidt vertretenen Charakterisierung des Retentionsrechts als eines Zwangsmittels.[3])

Der von Langfeld eingenommene Standpunkt muß m. E. auch für das BGB. gelten.[4]) Es ist nicht haltbar, mit Schollmeyer[5]) anzunehmen: „Da Billigkeit die Grundlage des ganzen Zurückbehaltungsrechts bildet und das Recht der Schuldverhältnisse von dem Grundsatze der Treue und des Glaubens beherrscht wird, so dürfte die Entscheidung im Sinne des preuß. Rechts ausfallen müssen." Die maßgebende Bestimmung des ALR. I, 20 § 552 lautet: „In allen Fällen, das Zurückbehaltungsrecht mag gegen den Schuldner oder einen Dritten ausgeübt werden, erstreckt sich dasselbe nur so weit, als es zur Deckung des dem Inhaber zukommenden Anspruchs erforderlich ist": und § 553: „Übersteigt also der Wert der Sache den Betrag der Forderung, so kann der Inhaber nur einen verhältnismäßigen Teil der Sache zurückbehalten."

Gegen die Ansicht Schollmeyers spricht: wie dieser übrigens auch selbst zugibt, der Wortlaut des Gesetzes; es heißt in § 273: Der Schuldner

---

[1]) ad § 369 HGB. Note 55: „Ein Druck soll nicht ausgeübt werden."
[2]) Staub a. a. O.
[3]) vgl. Goldschmidt § 93 S. 964.
[4]) So auch Staudinger ad § 273 Ziff. I, 3: „Der Schuldner darf die ganze Leistung zurückhalten, nicht bloß einen seinem Anspruche entsprechenden Teil."
[5]) ad § 273 Note 1b.

kann die geschuldete Leistung verweigern; von einer weitgehenden Beschränkung ist keine Rede. Es erhellt hieraus, daß das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht auch als Zwangsmittel charakterisieren will.

f) Eine Beschränkung der Retentionsbefugnis kann nötig werden.

1. Die obigen Ausführungen Schollmeyers haben einen richtigen Kern. Er hebt mit Recht hervor, daß das Zurückbehaltungsrecht in besonderem Maße beherrscht wird von dem Grundsatz der Billigkeit. Und Billigkeitserwägungen lassen auch in der Tat unter Umständen eine Einschränkung der Retentionsbefugnis ratsam erscheinen; allerdings darf die Befugnis zur Leistungsverweigerung nicht in der von Schollmeyer vorgeschlagenen Weise so weit gehen, daß hierdurch die Zwangsfunktion völlig illusorisch wird. Es fragt sich, wie zu entscheiden ist, wenn der Gläubiger dem Anspruch des Schuldners in der Hauptsache nachgekommen ist und der Schuldner jetzt wegen des Restes die ganze Leistung verweigert; es hat z. B. der Gläubiger einen Anspruch auf 1000, von dem schuldnerischen Gegenanspruche auf 100 sind vom Gläubiger 99 bezahlt worden. Darf jetzt der Schuldner weiter den ganzen Betrag von 1000 verweigern?[1])

Kann hier nicht § 320 Abs. 2 BGB. entsprechend berücksichtigt werden? Stehen dem keine Bedenken entgegen? Es bedarf dies einer eingehenden Prüfung.

Es muß jedenfalls auffallen, daß eine Beschränkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages besonders statuiert ist, während die bei dem Zurückbehaltungsrechte, das mit jener Einrede in mancher Beziehung Berührungspunkte hat, fehlt.

Warum die besondere Aufstellung des Prinzips der Billigkeit in § 320 Abs. 2 und sein Fehlen in § 273?

Es läßt sich nicht vermeiden, einen kurzen Vergleich der Einreden aus § 273 und § 320 vorwegzunehmen, auf den in einem späteren Abschnitte[2]) noch einmal zurückgegangen werden muß. Der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist eigentümlich die kontraktliche Grundlage. Leistung und Gegenleistung stehen in engstem Abhängigkeitsverhältnis zu einander. Diese sogen. synallagmatische Natur der gegenseitigen Verträge berechtigt den Schuldner, prinzipiell die Leistung zu verweigern bis zu seiner vollen Befriedigung, d. h. bis zur Erlangung dessen, was er auf Grund des gegenseitigen Vertrages zu fordern berechtigt ist. Konsequenterweise hat daher auch das Gesetz dem Gläubiger die Möglichkeit versagt, sich durch Sicherheitsleistung des auf ihm lastenden Druckes zu entledigen. Da aber unzweifelhaft diese scharfe Betonung des schuldnerischen Rechts

[1]) Wie wir sehen, hat die Frage nach der Einschränkung des Retentionsrechts nur Sinn bei teilbaren Leistungen.

[2]) Unten s. B. II.

für den Gläubiger Unbilligkeiten nach sich ziehen muß, ist die durchaus gerechte Bestimmung des Abs. 2 des § 320 getroffen.

Welche Schutzmittel stehen nun aber dem Gläubiger zur Seite gegenüber dem Schuldner, der wegen eines geringfügigen Rechtes seiner Forderung sein Zurückbehaltungsrecht ausübt? Die rechtliche Existenz des Zurückbehaltungsrechts wurzelt nicht wie die der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in einem Kontrakte; Billigkeitserwägungen sind es, denen es seine Entstehung verdankt, und Grundsätze der Billigkeit beherrschen es völlig. Stichhaltige Gründe, dem Gläubiger durch Sicherheitsleistung die Möglichkeit der Abwehr der für ihn lästigen schuldnerischen Einrede zu versagen, können infolgedessen nicht vorgebracht werden. Dessen war sich auch der Gesetzgeber bewußt, indem er dem Gläubiger das Recht der Sicherheitsleistung gewährte; vgl. § 273 Abs. 2 BGB.[1])

Unleugbar ist diese Befugnis eine wirksame Waffe in der Hand des Gläubigers gegenüber dem sein Recht allzu rücksichtslos geltend machenden Schuldner.[2])

Doch erfüllt sie ihren Zweck vollkommen? Aus dem Umstande, daß auf den § 320 Abs. 2 in § 273 nicht besonders hingewiesen ist, kann die Nichtanwendbarkeit jener Bestimmung beim Zurückbehaltungsrecht nicht gefolgert werden. Der § 320 Abs. 2 ist lediglich eine Anwendung des in § 242 ausgesprochenen Prinzips.[3]) Daß auf dieses in § 320 Abs. 2 besonders Bezug genommen wird, erschien ratsam mit Rücksicht auf das dem Schuldner kraft des Vertrags zustehende Recht, die ganze Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung zu verweigern. Ohne den § 320 Abs. 2 BGB. konnte es jedenfalls zweifelhaft sein, ob sich der Schuldner aus Billigkeitsrücksichten eine Schmälerung seiner Rechte gefallen lassen müsse. Beim Zurückbehaltungsrecht, das sein Fundament nicht findet in einer kontraktlichen Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung, versteht es sich von selbst, daß seine Ausübung nicht zu Resultaten führen darf, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen. Aus dem das ganze Recht der Schuldverhältnisse und insbesondere unser Rechtsinstitut beherrschenden Prinzip des § 242 BGB. ergibt sich, wie weit der Schuldner in der Leistungsverweigerung gehen darf. Er kann nicht wegen unbedeutender Rückstände seiner Forderung auf sein vermeintliches Recht pochen und die ganze Leistung retinieren; er darf vielmehr „die Gegenleistung insoweit nicht verweigern, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[4])

---

[1]) Die Befugnis zur Sicherheitsleistung war im gemeinen Recht bestritten; vgl. unten S. 117.

[2]) So auch Staudinger ad § 273 Note 13: „Eine ihm hieraus (nämlich der Retention der ganzen Leistung) drohende Benachteiligung kann der Gläubiger durch Sicherheitsleistung abwenden".

[3]) vgl. Fischer-Henle ad § 320 Ziff. 5.

[4]) Für die Anwendung des § 320 Abs. 2 auf das Retentionsrecht dürfte auch Cosack sein Bd. 1 S. 321 Ziff. 2b: „Hat der Kläger seine Leistung mangelhaft

Von Bedeutung wird dies besonders dann sein, wenn das zugunsten des Gläubigers geschaffene Schutzmittel der Sicherheitsleistung versagt, weil die Sicherheitsleistung für den Gläubiger mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder weil sie ihm überhaupt wegen Mittellosigkeit unmöglich ist.

Wenden wir den § 320 Abs. 2 BGB. analog an auf den Fall des § 273 BGB., so bedarf es an dieser Stelle noch einer kurzen Interpretation der fraglichen Bestimmung.

Nach dem oben Gesagten hat es den Anschein, als ob eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts nur dann einzutreten habe, wenn ein verhältnismäßig geringfügiger Teil der geschuldeten Leistung noch nicht bewirkt ist. Allein, wie aus der Fassung des § 320 Abs. 2: „. . . nach den Umständen, insbesondere . . .“ erhellt, ist der Fall, daß der Gläubiger mit einem verhältnismäßig geringen Teile der geschuldeten Leistung im Rückstande ist, lediglich als ein praktisch häufiger und wichtiger besonders hervorgehoben worden. Der Schuldner kann in seiner Leistungsverweigerung auch dann eingeschränkt werden, wenn ein verhältnismäßig beträchtlicher Teil der Leistung rückständig ist; es kommt lediglich darauf an, daß der Gläubiger teilweise geleistet hat und die Verweigerung der ganzen Gegenleistung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Irrig ist demgemäß auch die Ansicht, § 320 Abs. 2 BGB. fände nur Anwendung bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des quantitativen Mangels; eine Zurückbehaltung wegen geringfügiger Qualitätsmängel dürfte wohl nicht minder gegen Treu und Glauben verstoßen wie eine Verweigerung der Leistung wegen unbedeutender Mängel in der Quantität.[1])

Der Richter kann natürlich niemals von Amts wegen die Retentionsbefugnis nach Maßgabe des § 320 Abs. 2 einschränken; gegenüber der Retentionseinrede des Schuldners bedarf es vielmehr stets einer Replik seitens des Gläubigers.

Als Resultat vorstehender Erörterungen ist festzustellen: Dem Schuldner wird in der Ausübung seiner Befugnisse eine Grenze gesetzt, wenn die Geltendmachung seines Rechts Ergebnisse zeitigt, die den Grundsätzen von Treu und Glauben widerstreiten. Aber auch nur in diesem Falle muß sich der Schuldner eine Einschränkung seines Leistungsverweigerungsrechts gefallen lassen. Er ist, was hier besonders betont werden muß, um Mißverständnissen vorzubeugen, grundsätzlich zur Retention der ganzen Leistung befugt und kann nicht, wie Schollmeyer will, nur so viel retinieren, als zur Deckung seines Anspruchs erforderlich ist; das Retentionsrecht ist Zwangsmittel.

2. Von diesem Gesichtspunkte aus, das Zurückbehaltungsrecht als Zwangsmittel gestatte grundsätzlich keine Einschränkung, darf man nun

---

oder unvollständig gemacht, so gelten die gleichen Regeln wie bei gegenseitigen Verträgen“; ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abt. S. 123: „Daß man um geringer Ansprüche willen nicht übermäßig die Zurückbehaltung ausdehnen darf, ergibt die Natur des Rechts als eines Ausflusses der Billigkeit; vgl. § 320 Abs. 2.“

[1]) So auch Schollmeyer ad § 273 Note 3; Crome Bd. 2 S. 176.

aber nicht auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 320 Abs. 1 Satz 2 schließen.

Die fragliche Bestimmung bezieht sich auf den Fall, daß mehrere kraft gegenseitigen Vertrages eine teilbare Leistung zu fordern haben und mehrere zu einer teilbaren Leistung verpflichtet sind. Die nach § 427 BGB. eintretende gesamtschuldnerische Haftung muß jedoch ausdrücklich ausgeschlossen sein, denn haftet jeder der mehreren Schuldner solidarisch, so ist hiermit ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, daß der Schuldner seine ganze Leistung verweigern kann, bis die Gegenleistung ganz bewirkt ist. Fehlt die gesamtschuldnerische Haftung, so kann man vielleicht zweifelhaft sein, ob der Schuldner zur Verweigerung der ganzen Leistung befugt ist, falls einer der Verpflichteten der Gegenpartei den auf ihn nach Maßgabe des § 420 BGB. entfallenden Anteil geleistet hat, oder ob er vielmehr verpflichtet ist, dem Leistenden den ihm nach § 420 BGB. gebührenden Teil auszuliefern. Allein, erinnern wir uns der Grundlage, aus der das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB. entspringt, so dürften die Zweifel verschwinden. Wie schon oben gesagt, sind hier kraft Parteiwillens, eines einheitlichen Vertrages Leistung und Gegenleistung in ein Abhängigkeitsverhältnis zu einander gebracht. Jede der Parteien hat ein vertragsmäßiges Recht zur Leistungsverweigerung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung. Es ist nichts anders als eine Konsequenz aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, daß, wenn mehrere nach Maßgabe von § 420 BGB. forderungsberechtigt sind, der Schuldner den dem einzelnen gebührenden Anteil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigern kann; dem trägt auch das Gesetz durch § 320 Abs. 1 Satz 2 Rechnung. Stellt sich nun aber die fragliche Bestimmung lediglich dar als Konsequenz der eigenartigen Beziehungen zwischen Forderung und Gegenforderung im Falle des § 320 BGB., so muß ihre analoge Anwendung auf die durchaus andere Sachlage des § 273 BGB. ausgeschlossen erscheinen. Ein von vornherein bestehendes enges Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Gegenforderung fehlt bei der Retentionseinrede. Von einem einheitlichen vertraglichen Bande, das Forderung und Gegenforderung umspannt, ist hier keine Rede; lediglich aus Gründen der Billigkeit erschien es angemessen, dem Schuldner eine Einrede gegenüber dem Begehren des Gläubigers zu bewilligen.

Die praktische Konsequenz jenes Verbotes analoger Anwendung wird am besten an einem Beispiele klar.

A verpflichtet sich, dem B und C eine Quantität vertretbarer Sachen unentgeltlich zuzuwenden; B und C sollen nach Maßgabe von § 420 BGB. nur anteilsmäßig berechtigt sein. Es ist ferner in einem besonderen Vertrage ausgemacht, daß, falls nach Abschluß des Vertrages und vor Übergabe des Vertragsgegenstandes notwendige Verwendungen auf diesen erforderlich würden, B und C zu deren Ersatz ebenfalls anteilsmäßig nach Maßgabe von § 420 verpflichtet sein sollen. Verlangt jetzt B den ihm gebührenden Anteil an den vertretbaren Sachen, so kann A diesen nicht so lange verweigern, bis die sämtlichen Verwendungen erstattet sind; er

muß vielmehr, falls B den auf ihn fallenden Anteil der Verwendungen ersetzt hat, diesem den ihm zukommenden Teil am Vertragsobjekte ausliefern.

Die Ausübbarkeit des Retentionsrechts ist also weniger weitgehend wie die der Einrede des nicht erfüllten Vertrages; es findet eine Einschränkung der Retentionseinrede statt; insofern rechtfertigt sich auch die Behandlung der Frage im vorliegenden Abschnitte.

Durch Hinweis auf die Zwangsfunktion des Zurückbehaltungsrechts kann die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 320 Abs. 1 Satz 2 nicht gestützt werden. Es kommt lediglich darauf an, zu prüfen, ob Gleichheit des Grundes die analoge Anwendung der fraglichen Bestimmung zu rechtfertigen vermag. Dies ist aber nicht der Fall. Die Vorschrift des § 320 Abs. 1 Satz 2 ergibt sich aus der Sachlage des § 320, die von der des § 273 durchaus abweicht.

g) Die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts bei klaglosen Ansprüchen.

Wir erkannten bereits oben[1]) an, daß ein Retentionsrecht bei Nichtklagbarkeit des Anspruchs des Schuldners, also bei den sogen. unvollkommenen Verbindlichkeiten oder Naturalobligationen, durchaus denkbar sei. Es gilt an dieser Stelle zu prüfen, inwiefern sich für unser heutiges Recht jene Annahme durch das Gesetz begründen läßt.

Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre ist Klagbarkeit des Anspruchs nicht erforderlich.

Daß auch das BGB. bei jeder naturalis oblgatio ein Retentionsrecht anerkenne, könnte man folgern aus den Motiven Bd. 2 S. 42, wo für das Retentionsrecht der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittelst Klage verfolgen kann, für irrelevant erklärt ist. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1 Abtlg. § 57 S. 123 hält dies als Grundsatz für unannehmbar und schließt insbesondere ein Retentionsrecht aus bei Forderungen aus den §§ 762, 763, 764, 656 BGB., da eben Klagbarkeit der Gegenforderung erforderlich sei.

1. Allein Mangel der Klagbarkeit des Gegenanspruchs ist, wie wir sehen werden, an sich kein Grund für die Ausschließung des Retentionsrechts. Wir haben m. E. die Möglichkeit, den Ausschluß des Retentionsrechts beim Zugrundeliegen der sich aus jenen Paragraphen ergebenden „Verbindlichkeiten" aus zwingenderen Gründen zu folgern. Es kommt nämlich darauf an, festzustellen, ob überhaupt in genannten Paragraphen von einer Verpflichtung im Rechtssinne gesprochen werden kann. M. E. läßt der Wortlaut des Gesetzes keinen Zweifel darüber, daß durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe (§ 656 BGB.), sowie durch Spiel, Wette, Differenzhandel, staatlich nicht genehmigte Lotterie- und Ausspielverträge (vgl. die §§ 762, 764, 763

[1]) S. 39.

BGB.) eine Verbindlichkeit nicht begründet wird; vgl. § 762: „eine Verbindlichkeit wird nicht begründet"; „eine Verbindlichkeit hat nicht bestanden"; ebenso § 656. Liegt in jenen Paragraphen nicht einmal ein Forderungsrecht vor, so noch viel weniger eine Naturalobligation.[1]) Daß beim Fehlen jeglichen Anspruchs ein Retentionsrecht nicht begründet sein kann, ist selbstverständlich.

Ebenso wenig wie in den oben genannten Fällen ist ein Anspruch im Rechtssinne begründet, wenn jemand mit seiner Verpflichtung lediglich einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Wenn auch das Gesetz diese nur sittlichen Verpflichtungen keineswegs einer Nichtverpflichtung gleichstellt und demgemäß nicht die Rückforderung des in Erfüllung einer solchen Verpflichtung Geleisteten gestattet (vgl. § 814 BGB.), so kann doch im Falle jener bloß sittlichen Verpflichtung von einem Anspruche im Rechtssinne nicht die Rede sein. Infolgedessen kann man auch hier nicht von einer bloß klaglosen sogen. Naturalobligation[2]) sprechen. Fehlt aber der Anspruch, so ist auch kein Raum für ein Retentionsrecht.

Aus demselben Grunde wird auch dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen sein, wenn er es geltend machen will wegen eines bei einem Zwangsvergleich ungedeckt gebliebenen Restes einer Konkursforderung. Ein Anspruch im Rechtssinne ist auch hier nicht begründet. Falls später der Gemeinschuldner, der wieder vermögend geworden ist, seinen nicht vollbefriedigten Gläubigern die rückständigen Beträge auszahlt, so entspricht er hiermit lediglich einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht (§ 814 kommt in Betracht), nicht etwa einer ihm obliegenden Rechtspflicht.[3])

Ein Beweis dafür, daß wegen klagloser Ansprüche sogen. Naturalobligationen[4]) ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden darf, wird jedenfalls durch den in Rede stehenden Fall ebensowenig geliefert wie durch die bisher besprochenen Tatbestände.

2. Das Gesetz kennt vielmehr ein Retentionsrecht, das ausgeübt wird trotz Fehlen der Klagbarkeit des schuldnerischen Gegenanspruchs. Die Befriedigung des klaglosen Anspruchs auf Verwendungen kann im Wege der Zurückbehaltung erzwungen werden; vgl. § 1000 BGB.[5])

---

[1]) Dies nimmt Kipp, Zusätze Bd. 2 § 289 an; mit Verfasser übereinstimmend Langheineken S. 187; Siber S. 91; Schlegelberger S. 146 ff.

[2]) vgl. Cosack Bd. 1 § 80 S. 287 und Langheineken S. 187: „Es dürfte der Umstand, daß das Gesetz diese Leistungen in einer einzelnen Beziehung gleich behandelt mit Leistungen, die zum Zweck der Erfüllung eines wirklichen Forderungsrechts oder Anspruchs bewirkt werden, noch nicht die Aufstellung einer besonderen Kategorie von Schuldverhältnissen rechtfertigen."

[3]) So auch Hellwig S. 13 Anm. 22; Langheineken § 10 III S. 193.

[4]) Als Naturalobligation wird jene Anstandspflicht, durch Zwangsvergleich nicht befriedigte Gläubiger zu bezahlen, bezeichnet von Crome Bd. 2 § 140 II, 2a; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. § 3 II, 2c S. 11; vgl. auch derselbe Pand. Bd. 2 § 6 Ziff. 7 S. 15; Enneccerus S. 376.

[5]) Näheres oben S. 33 f.

h) Einfluß der Unpfändbarkeit des Gläubigeranspruchs auf das Zurückbehaltungsrecht.

Es bedarf einer besonderen Prüfung, ob das Retentionsrecht unpfändbaren Forderungen gegenüber ausgeschlossen ist. Die Frage ist erst seit dem Inkrafttreten des BGB. praktisch geworden; aus der Bestimmung des § 394 Satz 1 BGB., der die Kompensation gegenüber unpfändbaren Forderungen versagt, glaubt man den Ausschluß der Retention gegenüber unpfändbaren Ansprüchen schließen zu müssen.

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts sprach sich das Reichsgericht häufig für die Zulassung der Aufrechnung trotz des Pfändungsverbotes aus; so RG. Bd. 21 S. 187; Bd. 41 S. 53 ff.; ferner bei Seuffert Bd. 44 Nr. 96; Windscheid Bd. 1 § 350 Note 28 schließt die Aufrechnung lediglich gegenüber Alimentenansprüchen aus.

Für unser heutiges Recht sind gegen die Zulassung eines Retentionsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen Goldmann, Kommentar zum HGB. I Anm. 3 ad § 59 IV, 4 und Lippmann a. a. O. S. 541 Note 110. Beide Schriftsteller gelangen zu ihrer übereinstimmenden Ansicht auf verschiedenem Wege. Lippmann glaubt das Verbot der Retention herleiten zu müssen aus einer analogen Anwendung des § 394 BGB. Daß grundsätzlich eine Übertragung der für die Aufrechnung geltenden Grundsätze auf das durchaus anders geartete Retentionsrecht nicht eintreten kann, ist oben[1]) des näheren begründet. Daß insbesondere aus § 394 BGB. nicht auf einen Ausschluß des Retentionsrechts gegenüber der Pfändung entzogenen Forderungen geschlossen werden kann, soll hier dargelegt werden.

Aufrechnung und Pfändung gleichen sich in gewissem Sinne in ihrer Wirkung. Durch die Aufrechnung und nicht minder durch die Pfändung wird der Gläubiger gezwungen, „seine Forderung zur Befriedigung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit verwenden zu lassen". [2])

Die Ausschließung der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen war daher nur konsequent. Zwischen der Wirkung der Pfändung und der Retention besteht dagegen schlechterdings keine Ähnlichkeit. Die Retentionseinrede läßt die Gegenforderung unangetastet. Ein stichhaltiger Grund, aus dem Ausschlusse der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Ansprüchen das Verbot der Retention gegenüber der Pfändung entzogenen Forderungen zu folgern, ist daher nicht ersichtlich. [3])

Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 127 gelangt zu demselben Resultate, begründet es jedoch durch den Hinweis auf den Umstand, daß es sich im Gegensatz zu den zur Aufrechnung verwandten Forderungen in § 273 BGB. stets um innerlich zusammengehörende Ansprüche handele. [4])

---

[1]) S. 18.
[2]) Planck ad § 394 Ziff. 1.
[3]) Übereinstimmend Langheineken S. 329; Pappenheim S. 89.
[4]) Hierauf machen auch Pappenheim a. a. O. und Langheineken a. a. O. aufmerksam.

Hiergegen wendet sich Lippmann S. 542 Note 111. Er macht geltend: In den Motiven Bd. 2 S. 114 sei ausdrücklich ausgesprochen, daß durch die Vorschrift des § 288 (heute § 394 BGB.) auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen getroffen werde, die sich in demselben Rechtsverhältnisse gründen. Allerdings sei im Satz 2 des § 394 BGB. die Aufrechnung gegenüber einer konnexen unpfändbaren Forderung gestattet. Hier handelte es sich jedoch nur um eine besonders geartete Forderung, bei der die Regel von § 394 BGB. nicht zur Anwendung kommen solle; ex argumento e contrario folge, daß „in allen andern Fällen Konnexität der Forderungen der Regel des § 394 BGB. nicht entgegenstehen soll". Dieser Schlußfolgerung kann man allerdings nur zustimmen. Es ist Lippmann zuzugeben, daß in der Konnexität der Forderungen keineswegs ein Grund für die Nichtanwendung der Regel des § 394 gefunden werden kann.

Wenn er nun aber weiter schließt: Ist Konnexität kein Hinderungsgrund für die Anwendung des § 394, so kann auch aus der Konnexität der Forderungen beim Retentionsrecht nicht auf die Unzulässigkeit der analogen Anwendung des Grundsatzes von § 394 auf das Retentionsrecht geschlossen werden, so ist dem entschieden entgegenzutreten. Denn es ist doch immerhin zu bedenken, daß es für die Aufrechnung höchst gleichgültig ist, ob die Forderungen konnex sind oder nicht, daß im Gegensatze hierzu beim Retentionsrechte die Frage der Konnexität von entscheidender Bedeutung ist. Die Anwendung einer Regel, die für Forderungen gegeben ist, zwischen denen irgendwelcher rechtlicher Zusammenhang überhaupt nicht zu bestehen braucht, auf Ansprüche, die innerlich zusammengehören, ist jedoch bedenklich. Von ihr könnte nur dann die Rede sein, wenn sich im übrigen eine innere Verwandtschaft zwischen Retention und Kompensation feststellen ließe. Daß jedoch im Gegensatze zu Lippmann von einer Zusammengehörigkeit beider Rechtsinstitute nicht gesprochen werden kann, ist oben nachzuweisen versucht. Der Beweis einer Verwandtschaft zwischen Retention und Kompensation dürfte Lippmann nicht gelungen sein.[1])

Ein weiteres Argument gegen die Ausdehnung des Gedankens des § 394 auf das Retentionsrecht wird gewonnen, wenn wir die Geschichte der Bestimmung des § 394 betrachten.

Pfändung und Aufrechnung gleichen sich, wie schon oben gesagt, in ihren Wirkungen. In beiden Fällen wird dem Gläubiger eine Forderung entzogen wider seinen Willen. Diese Entziehung des Forderungsrechts des Gläubigers kann nun aber unter Umständen zu unbilligen Resultaten führen und auch dem öffentlichen Interesse widerstreiten. Durch schrankenlose Zulassung des Pfandrechts kann der Gläubiger zum wirtschaftlichen Ruin gebracht werden. Daher ist denn in § 850 ZPO. (§ 749 a. F.) die durchaus zu billigende Bestimmung getroffen, daß gewisse Forderungen der Pfändung entzogen sein sollen. Es liegt nahe, den hier ausgesprochenen Gedanken auch auf die Kompensation im Wege der Analogie auszudehnen

[1]) s. oben S. 13 ff.

und diese gegenüber Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, auszuschließen, denn, wie schon gesagt, Kompensation und Pfändung sind in ihrer den Gläubiger benachteiligenden Wirkung identisch. Allein im gemeinen Rechte, das eine Bestimmung, die die Kompensation gegenüber unpfändbaren Forderungen ausschloß, nicht kannte, war man sich in der Ziehung dieser Schlußfolgerung keineswegs einig. In den oben[1]) zitierten Reichsgerichtsentscheidungen wurde ausdrücklich die Zulässigkeit der Kompensation unpfändbaren Forderungen gegenüber anerkannt. Auch die Motive Bd. 2 S. 113 stehen auf dem Standpunkte, daß im Wege der Analogie ein Verbot der Kompensation gegenüber unpfändbaren Ansprüchen keineswegs unbedingt hergeleitet werden kann, trotz der Gleichheit der Wirkungen beider Rechtshandlungen; daß vielmehr eine ausdrückliche gesetzliche Normierung unerläßlich sei, und so wurde dann in § 288 BGB. des ersten Entwurfs die Aufrechnung gegenüber den in § 749 ZPO. genannten Forderungen ausgeschlossen, aber auch nur gegenüber diesen. In dieser Beschränkung des Kompensationsrechts ging man weiter in der zweiten Kommission, wo der in § 288 aufgestellte Grundsatz durch die Ausschließung der Kompensation gegenüber allen unpfändbaren Forderungen verallgemeinert wurde, um, wie die Protokolle Bd. 1 S. 375 sagen, „bei denjenigen unpfändbaren Forderungen, die in der ZPO. § 794 nicht genannt sind, besondere Vorschriften, die die Aufrechnung ausschließen, entbehrlich zu machen". Aus diesen Worten der Protokolle geht deutlich hervor, daß man die analoge Ausdehnung der für die Ansprüche des § 749 ZPO. a. F. erlassenen Bestimmung auf sonstige unpfändbare Forderungen keineswegs für zulässig, mindestens aber als sich nicht aus der Natur der Sache von selbst ergebend, erachtete. Eine gewisse Zurückhaltung in der Ausdehnung des in § 749 ZPO. a. F. ausgesprochenen Prinzips auf seiten des Gesetzgebers ist unverkennbar. Sein Standpunkt ist erklärlich. Die Erweiterung des Gedankens, daß gewisse Forderungen dem Gläubiger aus Gründen der Billigkeit und sozialpolitischen Erwägungen nicht entzogen werden dürfen, schließt neben der Bevorzugung auch eine Benachteiligung gewisser Personen in sich. Wohlbegründete Rechte (Pfändungspfandrecht und Kompensationsrecht) werden dem Gläubiger wider seinen Willen entzogen im Interesse Dritter. Jedenfalls können sozialpolitische Erwägungen allein für die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen nicht maßgebend sein. Wie aus den im gemeinen Rechte bestehenden Anschauungen über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen und den Vorarbeiten zum BGB. erhellt, muß sowohl nach bisherigem als heutigem Rechte als Prinzip gelten, daß eine aus Gründen der Billigkeit und im sozialen Interesse angeordnete Entziehung zu Recht bestehender Befugnisse über den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Rahmen hinaus nicht anerkannt werden kann. Von einer analogen Anwendung des Prinzips des § 394 BGB. auf das Retentionsrecht, wie sie Lippmann empfiehlt, kann daher auch aus diesen Erwägungen keine Rede sein.[2])

[1]) S. 111.

[2]) vgl. auch die Ausführungen bei Pappenheim S. 89.

Aus andern Gründen glaubt Goldmann die Unzulässigkeit der Retention gegenüber unpfändbaren Forderungen herleiten zu müssen; und zwar denkt er in erster Linie an die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den Lohnforderungen aus Arbeits- und Dienstverträgen, bei denen überhaupt die ganze Frage am ehesten praktisch werden kann,[1]) und meint, es müsse hier mit Rücksicht auf den sozialen Charakter der Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Juni 1869 angenommen werden, daß „aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt".

Die Gründe, mit denen Pappenheim die Ansicht Goldmanns bekämpft, haben sich, wie bereits an anderer Stelle[2]) nachzuweisen versucht ist, als nicht stichhaltig erwiesen. Wir haben gesehen, daß den Worten des Gesetzes „sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt" eine viel weiter gehende Interpretation zuteil werden muß, daß mit ihnen auch die Fälle getroffen werden, in denen die Grundsätze der Billigkeit, die Natur der gegenüberstehenden Ansprüche der Ausübung des Retentionsrechts widerstreiten. Es fragt sich, ob, wie Goldmann annimmt, der soziale Charakter des Gesetzes vom 21. Juni 1869 den Ausschluß des Retentionsrechts innerhalb der Grenzen der Unpfändbarkeit der fraglichen Ansprüche ratsam erscheinen läßt, da sich eben in diesem Falle „aus dem Schuldverhältnisse etwas anderes ergebe". Dem ist entgegenzuhalten, daß, worauf schon oben hingewiesen, die Wirkung von Pfändung und Retention durchaus verschieden ist; die Pfändung entzieht dem Gläubiger den Anspruch, die Retention läßt ihn unangetastet. Wenn diese nun auch seine Befriedigung verzögert und von einer vorherigen Gegenleistung abhängig macht, so besteht doch eine Gefahr, daß der Anspruch dem Gläubiger durch die Retention wider seinen Willen entzogen werden könnte, überhaupt nicht; soziale Rücksichten oder Billigkeitserwägungen können daher nicht zu der Annahme führen, daß ein Retentionsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen aus Dienst- und Arbeitsverträgen auszuschließen sei. Im Gegenteil dürfte es gerade den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen, ein Retentionsrecht gegenüber jenen Forderungen zuzulassen. Es wird uns dies klar, wenn wir an die Bestimmung des Gesetzes denken, die die Aufrechnung gegenüber Lohnforderungen ausschließt. Jene Gesetzesvorschrift kann, wie wir sehen werden, unter Umständen unliebsame Härten zeitigen. Das Retentionsrecht erweist sich als ein wirksames Mittel diese abzuwenden. So wäre es eine nicht zu rechtfertigende Bevorzugung des Arbeiters und eine über das billige Maß hinausgehende Benachteiligung des Arbeitgebers, falls diesem wegen seiner konnexen Gegenansprüche neben der Aufrechnung auch das Retentionsrecht versagt sei. Man denke nur, daß dem Dienstherrn wegen vorsätzlicher Beschädigung des Arbeitsmaterials, böswilligen Verlassens des Dienstes Gegenforderungen erwachsen sind. Gemäß § 394

[1]) Vor allem seitens der Gewerbegerichte sind zahlreiche Entscheidungen erlassen, die das Retentionsrecht gegenüber jenen Lohnansprüchen der Arbeiter ausschließen; vgl. Rohs, Jurist. Wochenschrift 31. Jahrg. S. 602/03.

[2]) S. 101 f.

BGB. kann er mit seinen Gegenforderungen nicht aufrechnen; es wäre aber offenbar unbillig, wollte man ihm auch die Möglichkeit entziehen, durch die Ausübung des Retentionsrechts zu alsbaldiger Befriedigung seiner Forderung zu gelangen.[1])

Ohne die Zurückbehaltung kann es vielfach in Frage gestellt werden, ob er überhaupt jemals die Erfüllung seiner Gegenforderungen erlangt. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn der Arbeiter häufig den Dienst wechselt, der Dienstherr keine Kenntnis von seinem Aufenthalte erhält; stets wird jedoch die Durchsetzung seines Gegenanspruches mit großen Schwierigkeiten verbunden sein, die bei Retention der Lohnzahlungen schwerlich eintreten werden.[2])

VII. Die Beendigung des Zurückbehaltungsrechts.

Es sollen hier die Fälle betrachtet werden, in denen ein an sich begründetes Retentionsrecht durch später eintretende Umstände zum Erlöschen gebracht wird.

a) Beseitigung der Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

Es ist ohne weiteres klar, daß ein Zurückbehaltungsrecht wegfällt, wenn seine Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind.

1. So geht vor allem das Zurückbehaltungsrecht unter, wenn der Anspruch des Gläubigers erlischt, sei es durch Erfüllung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung, sei es durch Erlaß, Konfusion; auch die Verjährung, die zwar nicht den Anspruch vernichtet, aber doch zur Verweigeruug seiner Erfüllung berechtigt, hebt das Retentionsrecht auf. Dies gilt sowohl nach gemeinem Recht als auch nach BGB.

2. Das Retentionsrecht muß ferner erlöschen, wenn der Anspruch des Schuldners untergeht; es sei auf die oben genannten Erlöschungsgründe verwiesen.

α) Was nun insbesondere die Erfüllung des Anspruchs des Retentionsberechtigten betrifft, so hält man nach gemeinem Recht[3]) eine wirkliche Befriedigung des Retentionsberechtigten nicht für erforderlich; es

---

[1]) Nebenbei sei bemerkt, daß mit dieser Anerkennung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Ansprüchen besonders zum Ausdruck gebracht wird, daß ein Retentionsrecht auch bei gleichartigen Ansprüchen zu bewilligen ist; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 Abtlg. 1, der auch die Ausübung des Retentionsrechts gegenüber unpfändbaren Ansprüchen für möglich hält, läßt hier allerdings das Retentionsrecht sich in ein Kompensationsrecht verwandeln; er gestattet die Kompensation aber in diesem Falle auch bei unpfändbaren Forderungen. Daß ich mich in letzterer Beziehung ihm nicht anschließen kann, ist oben S. 49 f. dargelegt.

[2]) vgl. hierzu die Ausführungen Burchards in der Deutschen Juristenzeitung 5. Jahrg. S. 262–265. Mit Verf. im Resultat übereinstimmend auch Schlegelberger S. 138.

[3]) vgl. Langfeld S. 121.

genügt vielmehr Realoblation seitens des Retentionsgegners und Nichtannahme durch den Retinenten. Man stützt sich u. a. auf die l. 25 a. E. und l. 26 D. 3, 3: Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda, nisi dominus ei solvere paratus sit; l. 27 a. E. D. 9, 4: certe tamen, si ex ea causa traditum postea dominus vindicet nec litis aestimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli.

β) Aus dem BGB. läßt sich jedoch der Rechtssatz, daß vor der Verurteilung — § 274 Abs. 2 BGB. spricht nur von der Zeit nach dem Urteile — bloßer Annahmeverzug des Retinenten genüge, um das Retentionsrecht zum Erlöschen zu bringen, nicht herleiten.[1])

Annahmeverzug des Schuldners vor der Verurteilung kann nur dann zum Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts führen, wenn der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand, der jedoch in Geld, Wertpapieren, sonstigen Urkunden oder in Kostbarkeiten bestehen muß, hinterlegt; vgl. §§ 372 ff. BGB. Demgemäß ist bloße Hinterlegung zur Beseitigung des Retentionsrechts nicht hinreichend; es muß noch der Annahmeverzug des Retinenten oder ein sonstiger zur Hinterlegung berechtigender Grund hinzukommen.[2])

γ) Ebensowenig wie Annahmeverzug genügt eine teilweise Erfüllung des Gegenanspruchs des Schuldners, um das Retentionsrecht zum Erlöschen zu bringen. Wie schon oben gesagt, kann grundsätzlich ein Retentionsrecht seinem vollen Umfange nach auch wegen eines Restes der Gegenforderung ausgeübt werden. Mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben kann jedoch unter Umständen eine Einschränkung der Retentionsbefugnis notwendig werden.[3])

Daß wegen verjährter Ansprüche ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden kann, ist oben[4]) nachzuweisen versucht.

3. Kann das Retentionsrecht dadurch erlöschen, daß die beiden Gegenansprüche ihre Konnexität verlieren? Nein; denn die einmal konnexen Ansprüche bleiben konnex.

b) Sonstige Gründe des Erlöschens des Zurückbehaltungsrechts.

1. Es ist oben[5]) bereits gesagt, daß das Retentionsrecht erlöschen muß bei Zession des Anspruchs des Schuldners ohne gleichzeitig erfolgte Schuldübernahme. Ferner muß es weichen dem Anspruche eines dritten dinglich Berechtigten, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Einwendungen des Retinenten nicht ausgesetzt ist.

Das Retentionsrecht geht grundsätzlich unter im Konkurse des Retentionsgegners;[6]) so wenigstens nach heutigem Recht.

---

[1]) Uebereinstimmend Schollmeyer ad § 273 Ziff. 5.
[2]) So auch Rehbein Bd. 2 S. 97.
[3]) S. 105—107.
[4]) S. 44—48.
[5]) S. 80.
[6]) Näheres S. 85 ff.

Daß das vertragliche Zurückbehaltungsrecht grundsätzlich dem Zessionare des Gläubigeranspruchs nicht entgegengesetzt werden kann, ist oben auseinandergesetzt.[1])

2. Kann das Retentionsrecht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden?

a) Die Frage ist im gemeinen Rechte äußerst bestritten.

Es müssen zunächst diejenigen Fälle ausscheiden, in denen der Anspruch des Retinenten schon an sich nur auf Sicherheitsleistung geht: so u. a. der Fall der cautio damni infecti (l. 7 pr. D. 39, 2); der der cautio usufructuaria (l. 13 pr. D. 7, 1; vgl. auch l. 19, 58 D. 61); hier erhält ja der Retentionsberechtigte alles, was er zu fordern hat. Für diejenigen Fälle jedoch, in denen der Anspruch von vorneherein einen andern Inhalt hat, läßt Glück Bd. 15 S. 124 eine Sicherheitsleistumg zu. Spätere Schriftsteller vertreten den entgegengesetzten Standpunkt: so Schenck S. 339 ff.; Groskopff S. 79, 80, letzterer unter Bezugnahme auf die Quellenstellen, in denen ausdrücklich nur von wirklicher Befriedigung des Beklagten, nie von Sicherheitsleistung die Rede ist; vgl. l. 38 D. 6, 1 — reddat impensam, ut fundum recipiat, . . . si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas.

Langfeld S. 132 ff. entscheidet sich für folgenden Mittelweg. Indem er die exceptio non adimpleti contractus zum Retentionsrecht rechnet, meint er, es entspreche der Billigkeit, daß stets dann eine Befugnis zur Sicherheitsleistung nicht gewährt werden könne, wenn Leistung und Gegenleistung ein Aequivalent bilden, z. B. beim Kaufvertrage. Der Verpflichtete müsse hier die vertragsmäßige Leistung erfüllen, da durch bloße Sicherheitsleistung dem Berechtigten nicht gedient werde. Zweifel blieben jedoch bestehen bzgl. der Fälle, in denen die sofortige Erfüllung der dem Retentionsberechtigten geschuldeten Leistung ohne Schuld des Retentionsgegners mit erheblichen Schwierigkeiten verknüpft oder zur Zeit überhaupt unausführbar sei; es wäre doch höchst unbillig, wollte man hier dem Retentionsgegner jede Möglichkeit, zu seiner Befriedigung zu gelangen, so lange nehmen, bis er selbst leisten könne. Dem formellen Rechte des Retinenten wäre so allerdings zum Siege verholfen, die Grundsätze von Treu und Glauben aber, die das Retentionsrecht völlig beherrschen, wären gröblich verletzt. Es sei daher nicht abzusehen, warum dem Retentionsgegner nicht unter den angegebenen Voraussetzungen die Befugnis der Sicherheitsleistung zu erteilen sei.[2])

Unzweifelhaft ist die Befugnis zur Sicherheitsleistung unentbehrlich, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, einer allzu rücksichtslosen Ausübung des Retentionsrechts entgegenzutreten; hierauf ist oben bereits

[1]) S. 81 f.

[2]) Auch in Entscheidungen der obersten Gerichte wird die Befugnis zur Sicherheitsleistung unter gewissen Voraussetzungen anerkannt. Seuffert, Arch. XXVIII. Nr. 192, XVIII, Nr. 2, XV, Nr. 9.

hingewiesen.[1]) Insbesondere wird dem Gläubiger auch dann das Recht zur Sicherheitsleistung willkommen sein, wenn durch die Feststellung des Gegenanspruchs die Realisierung des Anspruchs des Gläubigers ungebührlich verzögert würde.[2])

Dem Gläubiger muß die Möglichkeit geboten werden, durch Sicherstellung des Gegenanspruchs eine Abkürzung des Prozesses und die sofortige Verurteilung des Schuldners zu erwirken.

β) So ist es denn nur zu billigen, daß das Gesetz ganz allgemein dem Gäubiger die Sicherheitsleistung gestattet; vgl. § 273 Abs. 3 BGB.

α 1) Diese ist möglich bis zur Verkündung des zur Leistung Zug um Zug verurteilenden Erkenntnisses. Wird also in dem Termine, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, ein Termin zur Verkündung des Urteils anberaumt, so ist immer noch Sicherheitsleistung nach Maßgabe des § 273 Abs. 3 BGB. möglich.[3])

Der Ansicht Rehbeins Bd. 2 S. 97: „Ist der Gegenanspruch unstreitig, oder bevor Sicherheit geleistet, festgestellt, so ist von einer Abwendung der Verweigerung durch Sicherheitsleistung nicht mehr die Rede", kann ich mich nicht anschließen.

Es ist doch sehr wohl möglich, daß dem Gläubiger die sofortige Befriedigung des Gegenanspruchs erhebliche Schwierigkeiten macht, deren Beseitigung eine geraume Zeit in Anspruch nimmt. Wollte man dem Gläubiger hier die Befugnis zur Sicherheitsleistung versagen, würde eine beträchtliche Verzögerung der Erfüllung des Anspruchs des Gläubigers und unter Umständen eine schwere Schädigung des Retentionsgegners die Folge sein. Es geht nicht an, daß das Recht des Gläubigers durch übermäßige Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners irgendwie beeinträchtigt wird. Das Recht des Gläubigers zur Sicherheitsleistung muß unangetastet bleiben, bis es sich durch Verkündung des Urteils von selbst erledigt, von irgend welcher Beschränkung des Rechts zur Sicherheitsleistung ist auch im Gesetze keine Rede.

β 1) Natürlich muß die zu leistende Sicherheit stets so bemessen sein, daß sie die Gegenforderung des Schuldners in gleicher Weise schützt wie das Retentionsrecht; denn für die mangelnde Befugnis zur Ausübung seines Rechts muß dem Schuldner auch im vollsten Maße Ersatz geboten werden.

Wenn Makower ad § 369 HGB. Note V d 5 für das Zurückbehaltungsrecht des Handelsrechts der Ansicht ist: „Sicherheit ist zu leisten in Höhe des Wertes der Forderung oder des zurückbehaltenen Gegenstandes, je nachdem welcher von beiden Werten der geringere ist" und sich diesem auch Staub zu § 369 HGB. Anm. 53 anschließt, so sind

---

[1]) S. 106.

[2]) Goldschmidt § 95, 4 c S. 987 will lediglich auf diesen Fall das Recht zur Sicherheitsleistung beschränken.

[3]) So auch Schollmeyer ad § 273 Ziff. 3: „Zur Sicherheitsleistung ist der Gläubiger jederzeit berechtigt, wenn das zur Leistung Zug um Zug verurteilende Erkenntnis noch nicht erlassen ist; ihm schließt sich an Schlegelberger S. 183.

m. E. beim Zurückbehaltungsrecht des BGB. für die Feststellung der Höhe der Sicherheit andere Gesichtspunkte entscheidend. Man kann m. A. n. für das BGB. weder die Ansicht vertreten, die Höhe der Sicherheit hat sich zu bestimmen nach dem Werte der Forderung des Schuldners, noch kann man als Prinzip aufstellen, sie hat sich zu richten nach dem Werte des Retentionsobjektes. Es ist vor allem in Betracht zu ziehen, daß das Retentionsrecht des BGB. nicht bloß ein Mittel ist zur Sicherung der Forderung des Schuldners, daß es daher nicht lediglich darauf ankommen kann, dem Gläubiger eine angemessene Sicherheit für seine Forderung zu bestellen.[1])

Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. ist zugleich Zwangsmittel; dies muß berücksichtigt werden.

Eine der Rechtslage des Schuldners nach Möglichkeit gerecht werdende Höhe der Sicherheit dürfte sich am ehesten dadurch bestimmen lassen, daß man zunächst fragt, welche Vorteile erwachsen dem Schuldner zugunsten seiner Gegenforderung durch die Retention seiner Leistung, und daß man ferner erwägt, wie hoch sind die dem Schuldner durch die Retention der Leistung gewährte Sicherung und Zwangsgewalt zu bewerten, und wie hoch muß infolgedessen die Sicherheit sein, damit der Forderung des Schuldners derselbe Rechtsschutz zuteil wird, der ihr durch die Retention gewährt wurde. Es ist vor allem darauf das entscheidende Gewicht zu legen, daß dem Schuldner für das, was er durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung aufgibt, in vollstem Maße Ersatz geleistet wird. Hält man sich dies bei der Ausmessung der Sicherheit stets vor Augen, so wird der Fall nicht selten sein, daß der Betrag der Sicherheit den Verkaufswert des retinierten Gegenstandes weit übertrifft. Dies wird vor allem dann eintreten, wenn das retinierte Objekt für den Retentionsgegner lediglich Affektionswert hat.

Da die zu leistende Sicherheit dem Schuldner nach Möglichkeit den der Forderung durch die Retention gewährten Schutz ersetzen soll, ist folgerecht auch die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen: § 273 Abs. 3 Satz 2 BGB. Diese kann ihm nicht die gleiche *reale* Sicherheit bieten wie die Zurückbehaltung der Leistung.[2]) Die Sicherheitsleistung hat daher zu erfolgen nach Maßgabe von §§ 232 ff. BGB.

Das Verbot der Sicherheitsleistung durch Bürgen ist nicht nur zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger im Wege der Einrede darauf hinweist; wie der Wortlaut der fraglichen Bestimmung: „Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen" klar erkennen läßt, ist es von Amts wegen zu beachten.

γ 1) Streit herrscht bzgl. der *Wirkung* der Sicherheitsleistung.

---

[1]) Diesen Gesichtspunkt läßt *Staub* zu § 369 HGB. Anm. 53 entscheiden für die Bestimmung der Höhe der Sicherheit.

[2]) So auch *Planck* zu § 273 N. 2.

Nach Langheineken S. 289 f. Ziff. 2; Staub zu § 369 HGB. Anm. 54; Makower a. a. O. hat die Sicherheitsleistung das Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts zur Folge, da die Sicherheitsleistung, sofern sie nicht selbst durch Pfand- oder Hypothekenbestellung erfolge, gemäß § 233 BGB. ein Pfandrecht an den hinterlegten Gegenständen begründe. Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes; vgl. § 273 Abs. 3 BGB. und hiermit übereinstimmend § 369 Abs. 4 HGB. Hiernach kann der Gläubiger lediglich die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Dieses selbst bleibt also bei Bestand. Durch diese Regelung dürften auch die Interessen des Schuldners in billiger Weise berücksichtigt werden. Die Sicherheitsleistung ist immerhin ein Notbehelf; sie kann dem Schuldner, mag seine Rechtslage bei ihrer Ausmessung noch so sehr in Betracht gezogen werden, doch nicht das bieten wie eine wirkliche Erfüllung seines Anspruchs. Geht demgemäß die gewährte Sicherheit, bevor der Schuldner seine Leistung gemacht hat, unter, so muß er die Möglichkeit haben, von seinem Zurückbehaltungsrechte weiter Gebrauch zu machen. Die vom Gesetze getroffene Regelung läßt auch in der Tat in diesem Falle eine weitere Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zu. Nach dem von Langheineken, Staub und Makower vertretenen Standpunkte kann der Schuldner nur eine Ergänzung der Sicherheit oder überhaupt eine anderweitige Sicherheit verlangen (§ 240 BGB).

Nach der vom Verfasser vertretenen Ansicht werden jedenfalls die Rechte des Schuldners in viel wirksamerer Weise geschützt. Die Wirkung der Sicherheitsleistung ist also keineswegs eine endgültige; zum Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts kommt es erst dann, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht genügt.[1])

3. Auf das Zurückbehaltungsrecht als Einrederecht kann auch verzichtet werden; zum Verzichte ist nicht, wie Suppes S. 15 oben und Anm. 4 und Planck zu § 305 BGB. Ziff. 4 aus der Bestimmung des § 305 BGB. folgern, ein Vertrag[2]) erforderlich.

Der Verzicht stellt sich vielmehr dar als eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Es kann dies daraus geschlossen werden, daß auch auf andere Befugnisse, wie Anfechtungsrecht, durch einseitige Erklärung verzichtet werden kann.[3])

4. Daß Detention nicht zu den Voraussetzungen des Retentionsrechts gehört, demnach der Verlust der Inhabung der Sache nicht ohne weiteres zum Erlöschen des Retentionsrechts führen kann, ist an anderer Stelle[4]) bereits dargelegt.

---

[1]) Wie Verf. auch Schlegelberger S. 179.

[2]) Einen Vertrag verlangt auch Fischer-Henle zu § 202 BGB. Note 6: „Die Einreden können durch rechtsgeschäftlichen, regelmäßig vertragsmäßigen Verzicht beseitigt werden."

[3]) So auch Langheineken S. 285 f. Ziff. 2, 1. Die Unmöglichkeit des Verzichtes behauptet gemäß seiner besonderen Theorie Hölder, Komm. Bd. 1 S. 449.

[4]) S. 37.

VIII. Die juristische Natur des Zurückbehaltungsrechts.

Bereits häufiger im Laufe der Darstellung waren wir genötigt, auf die juristische Natur des Zurückbehaltungsrechts Bezug zu nehmen und aus ihr Folgerungen zu ziehen. An dieser Stelle soll versucht werden, eine eingehende Begründung für die Einredenatur des Retentionsrechts zu liefern.

Ueber den rechtlichen Charakter des Zurückbehaltungsrechts wurde im gemeinen Rechte lebhaft gestritten, was ja auch mit Rücksicht auf die mancherlei Kontroversen, die uns in unserer Darstellung entgegengetreten sind, nicht verwunderlich erscheinen kann.

Von den älteren Schriftstellern sehen Faselius § 4 und die sonstigen bei Schenck § 3 Note 2 Zitierten in dem Retentionsrechte eine besondere Befugnis, die der Besitz einer Sache gewährt. Diese Auffassung, die sich aus der Anschauung erklärt, daß eine Retention nur an Sachen möglich ist, entfällt, sobald man das Retentionsrecht an jeder beliebigen Leistung anerkennt, wie es seitens der neueren Doktrin geschieht. Andere wiederum (so u. a. Glück Bd. 15 S. 122) betrachten es als einen Fall der Selbsthilfe. Es mag Glück zugegeben werden, daß das Zurückbehaltungsrecht allerdings Berührungspunkte mit der Selbsthilfe hat. Wie diese verfolgt es den Zweck des Rechtsschutzes und ist somit gleich ihr ein Rechtsschutzmittel. Allein man würde zu weit gehen, wollte man es geradezu unter die Selbsthilfe subsumieren. Denn der Retinent bedient sich nicht der Eigenmacht, um zur Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, sondern mittels rechtlich gestatteter Zurückbehaltung erzwingt er die Erfüllung seines Anspruchs; so auch für das gemeine Recht Goldschmidt § 93 Note 13 S. 967 und Langfeld S. 149.

Für unser heutiges Recht spricht gegen die Möglichkeit einer solchen Subsumtion auch der Umstand, daß das Zurückbehaltungsrecht auch vertragsmäßig eingeräumt worden kann. Die vertragsmäßige Ausdehnung der Fälle der Selbsthilfe ist jedoch durch zwingendes Recht ausgeschlossen.[1])

Harder, Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 49 S. 114ff., will das Zurückbehaltungsrecht gar auf deutschrechtlichen Boden stellen, indem er es auffaßt als einen Ueberrest des deutschrechtlichen Pfandrechts. Unzweifelhaft ist jedoch das Retentionsrecht römischrechtlichen Ursprungs.[2])

Savigny, Recht des Besitzes S. 38, bezeichnet das Retentionsrecht als eine exceptio doli, die sich von anderen Anwendungen dieser exceptio nur faktisch und zufällig unterscheide; auch Sintenis S. 167 Anm. 75

---

[1]) Uebereinstimmend Landsberg Bd. 1 § 93 S. 318 Note 1 und § 83 S. 281: „Da im allgemeinen, behufs Vermeidung von Faustrechtszuständen, der Staat sich solche Rechtserzwingungshandlungen selbst vorbehält, so sind die Fälle erlaubter Selbsthilfe nur Ausnahmen. Vertragsmäßige Ausdehnung solcher Fälle ist durch zwingendes Recht ausgeschlossen." Für das gemeine Recht läßt Dernburg, Pand. Bd. 1 § 125 f. Ziff. 2 S. 290 vertragsmäßige Einräumung der Selbsthilfe zu.

[2]) So auch Langfeld S. 14.

betrachtet das Retentionsrecht lediglich als Anwendungsform der exceptio doli. Der Ansicht, daß das Retentionsrecht nicht als selbständiges, für sich bestehendes Recht anzusehen ist, ist auch Cramer § 2; er weicht jedoch in seiner Begründung von Savigny ab.

Diesen Schriftstellern stehen diejenigen gegenüber, die das Retentionsrecht als selbständiges Vermögensrecht charakterisieren.

Schenck § 4 S. 139: „Das Retentionsrecht ist ein für sich bestehendes, keinem andern Rechte wie Teil angehöriges, in sich selbst so eigentümlich geartetes Recht, daß man es ohne Fehlgriffe gegen das, was Rechtens ist, mit irgend einem andern Rechtsinstitute gar nicht vermengen kann."

Goldschmidt § 93 S. 967: „Das Retentionsrecht ist ein eigentümliches Vermögensrecht"; zugleich wendet er sich gegen Savigny: „Die Form, in welcher ein Recht prozessual geltend gemacht werde, entscheide über dessen Natur wenig oder nichts." Ebenso auch Dernburg, Kompensation S. 367; Lenz S. 379. Allein die Charakterisierung des Retentionsrechts, die Dernburg gibt, dürfte auch nicht im mindesten befriedigen. Wenn er a. a. O. sagt: „Das Wesen des Retentionsrechts bestehe darin, daß es die Erzwingbarkeit eines an sich unbedingten Rechtes von der Bedingung einer vorgängigen oder gleichzeitigen Gegenleistung des Klägers abhängig macht", so ist hiermit nur die äußere Wirkung des Retentionsrechts beschrieben. Jedenfalls trägt die Savignysche Definition weit mehr zur Erklärung des Wesens des Retentionsrechts bei als die Dernburgsche Begriffsbestimmung.

Auch wir müssen gleich Savigny das Retentionsrecht unter den weiteren Begriff der Einrede stellen, um zur Klarheit über seine juristische Natur zu gelangen. Daß wir hiermit nicht aus der äußeren Form der Geltendmachung des Retentionsrechts Schlüsse ziehen auf seine juristische Natur, werden wir im Laufe der Darstellung sehen.

Auf die Begriffe Prozeßeinreden, prozeßhindernde Einreden, Beweiseinreden soll nicht näher eingegangen werden. Sie gehören lediglich dem Prozeßrecht an und sind für uns unerheblich. Anders verhält es sich mit den Begriffen Einrede im materiellen und Einrede im prozessualen Sinne; sie kommen auch für das Privatrecht in Betracht. Ihrer Feststellung bedarf es. Beide Einreden sind verschiedene Begriffe; sie müssen streng auseinander gehalten werden.

Einrede im prozessualen Sinne ist jede Behauptung des Beklagten, die, ohne die Klagtatsachen zu leugnen, dem klägerischen Anspruche entgegentritt und den vom Kläger vorgebrachten Tatsachen andere Tatsachen entgegenstellt. Diese Behauptungen des Beklagten können

1. derart sein, daß sie lediglich die Durchführbarkeit des an sich begründeten Anspruchs hemmen.

Sie können

2. auch ergeben, daß der Anspruch trotz des Vorliegens der Klagetatsachen nicht zur Entstehung gelangt oder aber wieder erloschen sei.

Unter den Begriff der materiellen Einreden fallen nun lediglich die s. 1 genannten Behauptungen. Die wesentlichen Merkmale der materiellrechtlichen Einrede sind, daß sie den Anspruch als solchen bestehen läßt, sich nur gegen seine Geltendmachung wendet und im Prozesse nur bei besonderer Vorschützung Beachtung findet. Sie ist demnach zu charakterisieren als ein dem Anspruche gegenüberstehendes Recht, das dessen Bestand unberührt läßt, nur zur Verweigerung seiner Befriedigung berechtigt und im Prozesse nur bei besonderer Geltendmachung wirkt. Diese im gemeinen Recht herrschende Auffassung [1]) ist heftig angegriffen worden. Man war bemüht, der römischen exceptio jede Bedeutung fürs gemeine Recht abzusprechen oder gar überhaupt die Existenzberechtigung der materiellen Einrede zu leugnen.[2])

Auf die Prüfung der Berechtigung der widerstreitenden Ansicht soll nicht näher eingegangen werden; bzgl. des Standes der Streitfrage sei verwiesen auf die Darlegungen bei Windscheid, Pand. Bd. 1 § 47 Note 1.

Das BGB. hat im Anschlusse an die herrschende gemeinrechtliche Lehre den Begriff der materiellrechtlichen Einrede aufrechterhalten.[3])

Das Gesetz gibt für sie zwar keine besondere Definition; regelmäßig ist jedoch stets eine Einrede anzunehmen, wo es sich der Redewendungen: „der Schuldner kann die geschuldete Leistung verweigern"; „er ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern" [4]) bedient. Die oben für die Einrede des gemeinen Rechts gegebene Begriffsbestimmung paßt auch vollkommen für die Einrede des BGB.

Ist nun das Retentionsrecht jenem Einredebegriffe zu subsumieren? Die Zulässigkeit einer solchen Subsumtion kann m. E. nach dem Ausgeführten keinem Zweifel unterliegen. Das Zurückbehaltungsrecht ist in der Tat sowohl nach gemeinem Rechte [5]) wie nach BGB.[6]) juristisch nichts anderes als eine materiellrechtliche Einrede, allerdings eine Einrede, die ausgezeichnet ist durch besondere Voraussetzungen und Wirkungen. Wegen ihrer vorübergehenden Wirksamkeit — der Schuldner kann nur retinieren, bis ihn der Gläubiger befriedigt — gehört sie zu der Gruppe der sogen. verzögerlichen oder dilatorischen Einreden im Gegensatze zu den dauernden oder peremtorischen Einreden.

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 137; Windscheid Bd. 1 § 47; auch Langfeld S. 150—157.

[2]) vgl. Albrecht, Die Exzeptionenen des gemeinen teutschen Zivilprozesses, 1835; Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exzeptionen 1876; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 261 ff.

[3]) So auch Kipp; Zusätze Bd. 1 S. 180.

[4]) vgl. Langheineken S. 44 Note 4.

[5]) Dies wird auch von Langfeld S. 157 anerkannt: „Das Retentionsrecht ist ein defensives Anfechtungsrecht oder wenn man will ein Einrederecht"; ebenso Buccerius S. 136/137: „Wir sehen gerade in der Retentionseinrede zwar einen Grenzfall, aber auch einen Musterfall der exceptio und Einrede."

[6]) Ebenso Langheineken S. 328; Crome Bd. 1 § 124 S. 545.

Hölder[1]) und Endemann[2]) leugnen für unser heutiges Recht die Einredenatur des Retentionsrechts. Denn es trete die notwendige Folge der Einrede, die Abweisung der Klage nicht ein, sondern lediglich eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug; das Zurückbehaltungsrecht bewirke demnach lediglich eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers, und mit der Geltendmachung des Retentionsrechts „bestreite der Angegriffene das unbegründete Begehren der einseitigen Leistung.[3])"

Es ist jedoch irrig, anzunehmen, der Umstand der beschränkten Verurteilung schließe die Einredenatur des Retentionsrechts aus und lasse nur den Schluß zu, das Zurückbehaltungsrecht bewirke eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers. Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug findet, wie oben zu begründen versucht ist,[4]) nicht ihren Grund in einer inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers, sondern in praktischen Erwägungen. Aus der Tatsache der beschränkten Verurteilung kann kein Argument gegen die Charakterisierung des Retentionsrechts als Einrede gewonnen werden, denn die aus der Urteilsformulierung auf die materielle Gestaltung des Anspruchs gezogene Schlußfolgerung ist nicht haltbar. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem klagenden Gläubiger kann nicht als Bestreiten des klägerischen Anspruchs aufgefaßt werden. Kraft des Retentionsrechts verweigert der Schuldner einen an sich begründeten Anspruch. Die Berufung auf sein Recht ist eben nichts anderes als das Vorschützen einer Einrede. Die Ansicht, daß diese unbedingt die Abweisung der Klage zur Folge haben soll, ist durch nichts gerechtfertigt, wie wir sogleich sehen werden.

Selbst wenn wir nämlich Hölder und Endemann darin recht geben, der Anspruch des Gläubigers sei, wie aus der Urteilsformulierung erhelle, tatsächlich gerichtet auf Leistung gegen Gegenleistung, so ist gegen die Einredenatur des Zurückbehaltungsrechts immer noch kein Beweis erbracht. Das Gesetz selbst kennt ja eine Reihe von Tatbeständen, bei denen es sich um nichts anderes handelt als um materiell beschränkte Ansprüche, bei denen aber die inhaltliche Beschränkung nicht von Amts wegen berücksichtigt wird, sondern nur dann, wenn der Schuldner auf sie hinweist im Wege der Einrede. So ist in § 258 Satz 2 BGB. der Anspruch gerichtet auf Gestattung der Wegnahme gegen Sicherheitsleistung.[5]) Wie aber aus der dem § 273 BGB. entsprechenden Fassung des Gesetzes („er kann verweigern") unzweifelhaft erhellt, soll diese Modifikation nicht von

---

[1]) In Busch Bd. 29 S. 78 und Komm. ad § 202 BGB. Ziff. 4.

[2]) Bd. 1 S. 519, 520 und S. 713 § 126 Note 21. Nach Endemann Bd. 1 § 126 Ziff. 3c S. 712 ist das Zurückbehaltungsrecht ein obligatorisches Recht. Auch Dernburg bezeichnet das Zurückbehaltungsrecht nicht als Einrede; nach ihm ist es ein „persönliches Recht"; vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. S. 126.

[3]) Endemann Bd. 1 S. 520.

[4]) vgl. S. 71 ff.

[5]) Weitere Beispiele s. oben S. 72.

Amts wegen beachtet werden, sondern nur bei Vorschützen der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung; gegenüber dem Anspruche auf Leistung gegen Gegenleistung ist dem Schuldner ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt. Auch diese Einrede hat lediglich zur Folge eine beschränkte Verurteilung. Dieses ist kein Widerspruch in sich. Es ist nicht richtig, daß eine Einrede unbedingt die Abweisung der Klage zur Folge haben muß. Allerdings ist dies die regelmäßige Wirkung der Einrede. Allein notwendig ist sie nicht. Es kommt lediglich darauf an, was mit der Einrede geltend gemacht wird. Wird mit ihr überhaupt verneint, was im allgemeinen geschieht, daß dem Kläger der Rechtsschutz überhaupt oder wenigstens vorläufig zu bewilligen sei, muß es zur Abweisung der Klage kommen. Richtet sie sich aber lediglich gegen den Umfang der vom Kläger geltend gemachten Leistung, weist sie nur auf eine Beschränkung dieser Leistung hin, kann sie natürlich prozessual auch nur zu einer Verurteilung führen, und zwar zu einer Verurteilung zu beschränkter Leistung.

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung vom Wesen des Zurückbehaltungsrechts spricht, abgesehen von der Normierung des § 273, „kann verweigern" auch der Umstand, daß das Gesetz selbst das Zurückbehaltungsrecht als Einrede bezeichnet in § 202 Abs. 2 BGB.: „Einrede des Zurückbehaltungsrechts". Diese Vorschrift dürfte doch mehr sein, als eine „tote Norm", wie sie Endemann Bd. 1 S. 519 Note 40 charakterisiert.

Kann uns nun aber nicht der Vorwurf gemacht werden, wir betrachteten die äußere Form der Geltendmachung des Retentionsrechts als das einzig Wesentliche und zögen aus ihr Schlüsse auf seine juristische Natur? Keineswegs! Wir haben uns wohl gehütet zu sagen, das Zurückbehaltungsrecht werde im Wege der Einrede geltend gemacht.[1])

Gewiß, auch die Retentionseinrede kann wie jede andere materielle Einrede im Prozesse einredeweise vorgeschützt werden. Mit einer solchen Feststellung wäre jedoch für die Erklärung der juristischen Natur des Retentionsrechts gar nichts gewonnen; aus dieser äußeren Form der Geltendmachung des Retentionsrechts lassen sich allerdings auf sein rechtliches Wesen keine Schlüsse ziehen. Nein, das Zurückbehaltungsrecht ist eine Einrede[2]) des materiellen Rechts; dies ist das Wesentliche. Und insofern deckt sich unsere Darstellung in dem entscheidenden Punkte mit der Anschauung Savignys; auch er begreift das Retentionsrecht als eine exceptio. Der ihm von Dernburg, Kompensation S. 367; Lenz S. 379; Goldschmidt § 93 S. 967 entgegengesetzte Einwand, er betrachte die äußere Form der Geltendmachung des Retentionsrechts als das

---

[1]) So Cosack Bd. 1 § 862a: „Das Zurückbehaltungsrecht ist durch Einrede geltend zu machen."

[2]) Ungenau dürfte es sein, zu sagen: „Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts bedeutet eine Einrede des Verpflichteten"; so Stammler, Schuldverhältnisse S. 103. Das gleiche gilt für die Darlegung Schencks § 83: „Das Retentionsrecht wirkt eine Einrede."

einzig Wesentliche, diese entscheide aber über dessen Natur wenig oder nichts, ist m. E. nicht berechtigt.

Ob das Zurückbehaltungsrecht gerade als eine Anwendungsform der exceptio doli bezeichnet werden kann, scheint mir allerdings zweifelhaft zu sein. Wenn auch, wie wir oben darlegten, im Zweifel Billigkeitserwägungen darüber zu entscheiden haben, ob zwischen zwei Ansprüchen ein derartiger Zusammenhang besteht, daß ein Retentionsrecht zugelassen werden kann, so dürfte man doch mit der Charakterisierung des Retentionsrechts als exceptio doli seinem Wesen nicht voll gerecht werden. Die Bezeichnung ist zu farblos, zu allgemein gehalten, als daß mit ihr der wahre Charakter unseres Rechtsinstituts getroffen werden könnte.[1]) Das Zurückbehaltungsrecht ist eine Einrede eigener Art. Dem neuen Rechte ist der richtigen Ansicht nach der Begriff der exceptio doli überhaupt fremd.[2]) Die Frage, ob das Retentionsrecht ihm zu subsumieren ist, erledigt sich hiermit.

Zu welchem weiteren Rechtsbegriffe gehört nun das Zurückbehaltungsrecht als Einrede? Es bedarf eines kurzen Eingehens auf einige juristische Grundbegriffe.

Es sind scharf von einander zu scheiden die Begriffe subjektives Recht und Befugnis.[3])

Das subjektive Recht ist nach der Definition Windscheids[4]) „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensherrschaft". Den Inhalt des subjektiven Rechts bildet stets ein Anspruch. Dieses Charakteristikum fehlt der Befugnis. Diese ist „entweder ein Recht zu irgendwelchem rechtserheblichen Handeln oder ein Recht zu einem rein tatsächlichen Verhalten".[5]) Ein Recht zu einem rechtserheblichen Handeln ist nun auch das Recht zur Verweigerung einer Leistung, das Einrederecht. Da das Retentionsrecht, wie dargelegt, den Einrederechten zuzuzählen ist, gehört es demgemäß zu der weiteren Kategorie der Befugnisse,[6]) oder, wie sie Hellwig[7]) nennt, der Rechte des rechtlichen Könnens, Kannrechte.

---

[1]) Gegen die Bezeichnung des Retentionsrechts als exceptio doli auch Langfeld S. 96, 97.

[2]) Bezgl. der Bedenken gegen die Zulassung einer solchen Doluseinrede s. die Prot. Bd. 1 S. 239 f. Verschiedene Schriftsteller, u. a. Eck Bd. 1 S. 49 ff. und Enneccerus § 129 III S. 329 ff., haben aus § 242 BGB. auf das Vorhandensein einer exceptio doli geschlossen; hiergegen Langheineken S. 324 ff.; er macht mit Recht geltend, daß, wenn die Bewirkung einer Leistung nicht nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefordert würde, gemäß § 242 BGB. eine Verpflichtung zur Leistung und damit auch ein Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen sei. Es sei aber bei einer derartigen Sachlage ein Einwand vorhanden und die Annahme einer Einrede weder notwendig noch angängig.

[3]) Ich schließe mich hier den m. E. zu billigenden Ausführungen Langheinekens an; S. 3 ff.

[4]) Pand. Bd. 1 § 37.

[5]) Langheineken S. 3.

[6]) Das Gesetz selbst nennt das Einrederecht „Befugnis" in § 777, 2.

[7]) S. 2 Anm. 4.

Gehört das Zurückbehaltungsrecht nicht zu den subjektiven Rechten, so ist es auch weder ein dingliches, noch ein persönliches Recht.

IX. Tatbestände, die dem Begriffe des Zurückbehaltungsrechts nicht unterstellt werden dürfen.

Nachdem wir hiermit das Zurückbehaltungsrecht nach seinen Voraussetzungen, Wirkungen, Ausschließungsbeendigungsgründen, seiner juristischen Natur bestimmt haben, wird es nicht schwer fallen, alle diejenigen Tatbestände auszuscheiden, die zu unrecht dem Zurückbehaltungsrecht subsumiert werden.

Es wurde bereits oben [1]) kurz darauf hingewiesen, zu welchen Ungereimtheiten das Streben der älteren gemeinrechtlichen Literatur, die verschiedensten Tatbestände dem Begriffe des Retentionsrechts zu unterstellen, führte. Aber auch in der Literatur, die sich mit unserem neuen Gesetzbuch befaßt, findet man nur zu häufig einen Tatbestand als Retentionseinrede bezeichnet, der mit ihr schlechterdings nichts zu schaffen hat.

a) Tatbestände, in denen es an einer Forderung des Gläubigers und infolgedessen an einem besonderen Einrederechte fehlt.

Wir sahen oben, daß das Retentionsrecht einen Anspruch auf seiten des Gläubigers voraussetzt und seinem Wesen nach eine dilatorische Einrede ist. Fehlt es demgemäß an einer Forderung des Gläubigers und infolgedessen auch an einem besonderen Leistungsverweigerungsrechte kann von einem Retentionsrechte nicht die Rede sein.

1. Als nicht zum Retentionsrechte gehörig sind demgemäß zu nennen: das dem Erben nach gemeinem Rechte zustehende Recht, die auf die Erbschaft ruhenden Vermächtnisse bis zur sogen. Falzidischen Quart unerfüllt zu lassen, obwohl in den Quellen [2]) die Wendung sororem iure publico retentionem habituram gebraucht wird; [3]) ferner das Recht des Ehemannes, für seine notwendigen Verwendungen auf die Dotalsachen aus diesen selbst Befriedigung zu suchen und nur den Rest zurückzuerstatten.[4])

2. Als Fälle aus dem BGB. gehören hierher das der Ehefrau gemäß § 1428 Abs. 1 BGB. zustehende Recht, im Falle einer erheblichen Gefährdung des ihr und den Abkömmlingen durch den Mann zu gewährenden Unterhaltes von dem Beitrage zu den ehelichen Lasten so viel zurückzubehalten, als zur Bestreitung des Unterhaltes erforderlich ist; ferner das der Frau nach § 1585 Abs. 2 BGB. und das dem allein für schuldig erklärten Ehemanne nach § 1579 Abs. 1 Satz 1 zustehende „Zurück-

---

[1]) S. 2.

[2]) l. 15, 1 D. 35, 2; vgl. auch l. 11 pr.; l. 73 § 5 eod.

[3]) Wie über diese Ausdrucksweise der Quellen zu urteilen ist, ist oben S. 2 dargelegt.

[4]) l. 5 pr. de impens 25, 1 l. 56, 3 D de iure dot. 33, 3.

behaltungsrecht" und das dem Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber durch § 803 Abs. 2 BGB. bewilligte Recht, den Betrag, den er für die Zinsscheine zu zahlen verpflichtet ist, „zurückzubehalten", falls ihm die Scheine nicht bei der Einlösung der Hauptschuld zurückgegeben werden.[1]) Durch die Worte des Gesetzes „kann zurückbehalten" (§§ 1428 Abs. 1 und 1585 Abs. 2 BGB.), „ist berechtigt zurückzubehalten" (§§ 1579 Abs. 1 Satz 1 und 803 Abs. 2 BGB.) darf man sich nicht irre machen lassen.[2]) Sie sind nicht glücklich gewählt; und so sollte es denn wenigstens in der Literatur vermieden werden, in diesen Fällen von einem Zurückbehaltungsrechte zu sprechen, was jedoch keineswegs geschieht. So kann es nur zur Verwirrung führen, wenn Neumann,[3]) der in seinen Erläuterungen ad § 1428 die richtige Ansicht vertritt, ad § 273 a. a. O. von einem „eigenartigen Zurückbehaltungsrechte der Frau hinsichtlich der von ihr zu leistenden Unterhaltsbeiträge" redet. Der sich auf die Falzidische Quart berufende Erbe, der die vollständige Rückerstattung der Dotalsachen weigernde Ehemann halten lediglich zurück, weil es an einer Verpflichtung ihrerseits überhaupt fehlt. Ebenso ist durch die §§ 1428 Abs. 1, 1579 Abs. 1 Satz 1, 1585 Abs. 2 BGB. lediglich zum Ausdruck gebracht, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Verpflichtung der Frau zur Leistung des Beitrages zum ehelichen Aufwande (§ 1428), zu den Kosten des Unterhalts (§ 1585) und eine Verpflichtung des allein für schuldig erklärten Ehegatten zur Gewährung des Unterhalts (§ 1579) nicht oder wenigstens nur in beschränktem Umfange bestehen sollen. Von der Einräumung eines besonderen Verweigerungs-Einrederechts kann ebensowenig die Rede sein bei der Bestimmung des § 803 Abs. 2 BGB. Diese will lediglich besagen, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber zur Bezahlung der Zinsscheine nicht verpflichtet ist, falls die Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben werden. Gegen die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts in § 803 Abs. 2 BGB. spricht auch der Umstand, daß ein Anspruch des Ausstellers auf Übergabe der Zinsscheine gar nicht besteht.

In allen genannten Fällen findet zwar eine Leistungsverweigerung statt, aber nicht kraft eines Leistungsverweigerungsrechts gegenüber einem vollkommen begründeten Anspruch, sondern mangels Bestehens eines Anspruchs.

3. Diese Unterscheidung ist nicht bloß eine juristische Spitzfindigkeit; sie ist von großer praktischer Bedeutung.

Der Richter hat die gemäß § 1428 Abs. 1 und § 1579 Abs. 1 Satz 1 eintretende Beschränkung des Anspruchs und dessen Nichtexistenz gemäß § 1585 Abs. 2 und § 803 Abs. 2 von Amts wegen zu berücksichtigen,

---

[1]) A. A. Crome Bd. 2 § 311 Anm. 50 S. 950 bezgl. § 803.

[2]) Bezgl. der §§ 1428 Abs. 1, 1579 BGB. ist Crome Bd. 1 § 124 Note 11 der richtigen Ansicht: „Vorschriften wie §§ 1428, 1; 1579 haben mit unserem Retentionsrecht nichts zu tun"; vgl. auch bezgl. § 1428 Mot. Bd. 4 S. 324.

[3]) ad § 273 Ziff. II, 1.

nicht erst, wie im Falle des Retentionsrechts, bei Geltendmachung einer Einrede. Es wird daher im Prozesse stets zu einer Abweisung der Klage kommen, keineswegs zu einer Verurteilung nach Maßgabe von § 274 BGB.

b) Tatbestände, in denen es an einer Forderung des Schuldners und an einem besonderen Einrederecht fehlt.

Ebensowenig wie in den bisher besprochenen Fällen kann ein Zurückbehaltungsrecht begründet sein, wenn zwar ein fälliger Anspruch beim Gläubiger vorhanden ist, es aber fehlt an einem Anspruche auf seiten des Schuldners und an dem Bestehen eines Einrederechts.

1. Als nicht zum Zurückbehaltungsrechte gehörig sind daher m. A. n. auszuscheiden die §§ 410 Abs. 1 Satz 1, 785, 797 Satz 1, 798 Satz 1, 808 Abs. 2 BGB.

Den Tatbeständen dieser Paragraphen ist gemeinsam, daß ein Schuldner nur gegen Aushändigung einer gewissen Urkunde zur Leistung verpflichtet ist.

Die Frage, ob auf Grund des § 410 BGB. dem Schuldner ein selbständiger Anspruch auf Aushändigung einer Abtretungsurkunde zuzubilligen sei, war bereits in der zweiten Kommission[1]) angeschnitten worden. Man war sich vollkommen bewußt, daß von ihrer Entscheidung die Beantwortung der weiteren Frage abhänge, ob dem Schuldner ein Retentionsrecht zustehe bis zur Aushändigung der Urkunde und ob demgemäß auch der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung gemäß § 273 Abs. 3 BGB. abwenden könne. Da es nun aber die Kommission abgelehnt hat, eine Entscheidung im angedeuteten Sinne zu treffen, muß versucht werden, aus den Worten des § 410 heraus die Bedeutung der fraglichen Bestimmung zu erklären. M. A. n. läßt § 410 keinen Zweifel darüber, daß dem Gläubiger nicht ein fälliger, selbständiger Anspruch auf Aushändigung der Abtretungsurkunde zusteht; es soll durch den Paragraphen lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß die Leistungspflicht des Schuldners von der Aushändigung der Abtretungsurkunde nur abhängig ist;[2]) daß der Anspruch des Gläubigers inhaltlich beschränkt ist durch die dem Gläubiger obliegende Aushändigung der Zessionsurkunde.

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 397.

[2]) So auch Planck ad § 410 Ziff. 3; Oertmann ad § 410 Ziff. 2; Fischer-Henle ad § 410 Ziff. 1; Langheineken § 18 II, 1 S. 309; Schlegelberger S. 142 ff.; Staudinger ad § 410 Ziff. 1a nimmt in § 410 ein Zurückbehaltungsrecht an, spricht sich aber gegen die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung aus. Schollmeyer ad § 410 Ziff. 2 nimmt unter einer gewissen Voraussetzung ein selbständiges Recht auf die Aushändigung der Urkunde an, nämlich dann, wenn der Schuldner ein Recht auf Abnahme der Leistung hat (§ 433 Abs. 2 u. § 640 Abs. 1). Gegen Schollmeyer wendet sich Kisch in Grünhut Bd. 29 S. 539: „Das Gesetz bietet für eine derartige zum Wortlaut des § 410 BGB. in Widerspruch stehende Erweiterung keinen Anhaltspunkt." Nach Kisch a. a. O. soll dem Schuldner nicht ein Recht gewährt, sondern lediglich seine Verpflichtung derart eingeschränkt werden, daß er gegen Zahlung an den unrichtigen Gläubiger geschützt sei.

Die Richtigkeit dieser Interpretation des § 410 Abs. 1 Satz 1 dürfte sich auch ergeben aus einem Vergleiche der Normierung des § 410 BGB. mit der des § 368 BGB. In § 410 heißt es: „Der Schuldner ist zur Leistung nur gegen Aushändigung einer über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet" und in § 368: „Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen". In letzterem Falle hat unzweifelhaft der Gesetzgeber dem Schuldner einen selbständigen Anspruch auf Quittung erteilen wollen.[1])

Allein nicht nur die Worte, sondern auch der Zweck der Bestimmung des § 410 Abs. 1 Satz 1 spricht für die oben gegebene Auslegung.

Der § 410 Abs. 1 Satz 1 ist geschaffen mit Rücksicht auf den § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB., wonach der bisherige Gläubiger dem Schuldner gegenüber die Abtretung der Forderung gegen sich gelten lassen muß, wenn er dem neuen Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt. § 410 Abs. 1 Satz 1 zieht lediglich die Konsequenz der zugunsten des Schuldners getroffenen Bestimmung des § 409 Abs. 1 Satz 2. Der Schuldner soll gesichert sein gegen den alten Gläubiger, falls dieser sich ihm gegenüber auf sein bisheriges Forderungsrecht berufen sollte. Gesichert ist der Schuldner aber nur dann, wenn ihm spätestens gleichzeitig mit seiner Leistung die Abtretungsurkunde vorgelegt und ausgehändigt wird. Eine nachträgliche Vorlegung und Aushändigung hilft ihm gar nichts. Es wäre also völlig zwecklos gewesen, wenn der Gesetzgeber ihm einen selbständigen Anspruch auf Aushändigung hätte einräumen wollen, den er auch noch nach seiner Leistung hätte geltend machen können. Hiermit würde dem Schuldner in keiner Weise gedient sein. Es genügte, daß seine Verpflichtung lediglich in der in § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB. angegebenen Weise beschränkt wird. Und zwar ist diese Beschränkung von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Wortlaut des Gesetzes: „Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet" läßt keinen Zweifel darüber, daß dem Schuldner kein Einrederecht zu bewilligen ist. Es handelt sich lediglich um eine inhaltliche Beschränkung des Anspruchs, die auch eine inhaltlich beschränkte Verurteilung nach sich ziehen muß. Das Urteil ist, wie in § 274 BGB. angegeben, zu formulieren.[2])

In gleicher Weise kann weder von einem Einrederechte noch von einem selbständigen Anspruche auf Aushändigung der Urkunde, infolgedessen auch nicht von einem Zurückbehaltungsrechte die Rede sein in den §§ 785,

---

[1]) Es nehmen in § 368 ein Zurückbehaltungsrecht an: Planck ad § 273 Ziff. 1a; Schollmeyer ad § 273 Ziff. 2bα; Neumann ad § 273 Ziff. I, 1b; Langheineken widerspricht sich; S. 331 § 19III nimmt er in § 368 ein Retentionsrecht an, S. 308 § 18II1 rechnet er § 368 Satz 1 zu den Fällen einer inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs. Daß es sich auch bei Langheineken S. 308 nur um § 368 Satz 1 handeln kann, erhellt aus dem Gesetzesregister S. 359.

[2]) So auch Planck ad § 410 Ziff. 3; Fischer-Henle ad § 410 Ziff. 1.

797 Satz 1, 798 Satz 1, 808 Abs. 2 BGB. Auch hier muß das Urteil lauten auf Leistung Zug um Zug.[1])

2. Ein Zurückbehaltungsrecht liegt ferner nicht vor in § 255 BGB.[2]) Es besteht kein selbständiger Anspruch auf Abtretung auf seiten des Verpflichteten. Der Anspruch des Gläubigers ist lediglich seinem Inhalte nach modifiziert; er geht nicht auf Schadensersatz schlechthin, sondern auf Schadensersatz gegen Abtretung;[3]) auch die Annahme eines Einrederechts läßt sich nach der Fassung des Gesetzes nicht rechtfertigen.[4])

3. Das Gleiche gilt in entsprechender Weise für Tatbestände in folgenden Paragraphen des BGB.:

§ 236: „Aushändigung gegen Löschung";

§ 1144: „Gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung";

§ 1217 Abs. 2 Satz 1: „Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers";

§ 1218 Abs. 1: „Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherung";

§ 1223 Abs. 2: „Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers";

§ 1267 Satz 1: „Gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Aushändigung";

§ 1477 Abs. 2: „Gegen Ersatz des Wertes die Sachen . . . übernehmen";

§ 1502 Abs. 1 Satz 1: „Das Gesamtgut gegen Ersatz des Wertes übernehmen";

§ 1502 Abs. 2 Satz 2: „Diejenigen Gegenstände gegen Ersatz des Wertes übernehmen";

§ 1515 Abs. 1: „Gegenstände gegen Ersatz des Wertes übernehmen".

Der Wortlaut des Gesetzes läßt in diesen Paragraphen auf kein Einrederecht schließen. Es wird lediglich der Anspruch des Gläubigers durch die von ihm zu bewirkende Gegenleistung modifiziert.[5])

Diese materielle Beschränkung des Anspruchs muß auch ohne ausdrückliche Geltendmachung seitens des beklagten Schuldners berücksichtigt und in

---

[1]) In den fraglichen Bestimmungen nehmen ebenfalls kein Retentionsrecht an Fischer-Henle ad § 785: „Zug um Zug (§ 274)"; ad § 797 Ziff. 1, ad § 798 Ziff. 2, 808 Ziff 7; Langheineken S. 308. Mit Verf. übereinstimmend auch wohl Planck ad § 797 Ziff. 1: „Die Leistung hat Zug um Zug zu erfolgen"; und ad § 798 Ziff. 1: „Der Austausch hat Zug um Zug zu erfolgen". A. M. ist Oertmann ad § 797 Ziff. 1, § 808 Ziff. 1 b. Auch Schollmeyer nimmt bei § 798 fälschlich ein Retentionsrecht an. Bereits unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wurden die Fälle, daß jemand nur verpflichtet war gegen Aushändigung einer bestimmten Urkunde nicht dem Zurückbehaltungsrechte unterstellt; vgl. Langfeld S. 22 und S. 72 Note 20.

[2]) A. A. Fischer-Henle ad § 255 Ziff. 4; Neumann ad § 255; Rehbein Bd. 2 S. 66.

[3]) Ebenso Schlegelberger S. 142.

[4]) So auch Friedenthal S. 50: Bis zur Abtretung des Anspruchs ist ein Anspruch auf Schadensersatz nicht vorhanden, „da das Gesetz mit keinem Worte andeutet, daß in diesen Fällen ein besonderes Einrederecht dem Schuldner gegenüber zustehen soll".

[5]) So auch Langheineken S. 309.

der Urteilsformel zum Ausdruck gebracht werden. Wie beim Zurückbehaltungsrechte kommt es auch hier zu einer beschränkten Verurteilung des Schuldners. Insofern besteht eine gewisse Parallele zwischen genannten Tatbeständen und dem Tatbestande des Zurückbehaltungsrechts.

4. Betrachten wir kurz, inwiefern praktisch der Unterschied zwischen den s. b. genannten Tatbeständen und dem Tatbestande des § 273 zum Ausdruck kommt.

α) Die beschränkte Verurteilung hat einzutreten, ohne daß der Schuldner im Wege der Einrede auf sie hinwirkt.

β) Der Gläubiger hat nicht die Möglichkeit, dem Schuldner an Stelle der Bewirkung der Gegenleistung eine angemessene Sicherheit zu bestellen.

γ) Bewirkt der Schuldner die Leistung schlechthin, kann er die Gegenleistung nicht selbständig einklagen;[1]) er kann nur gegen den Gläubiger einen Bereicherungsanspruch erheben; aber auch dieser muß gemäß § 322 Abs. 1 ZPO. erlöschen, falls der Schuldner rechtskräftig zur Leistung schlechthin verurteilt ist.

c) Tatbestände, in denen zwar ein Einrederecht, nicht aber eine selbständige Gegenforderung des Schuldners begründet ist.

Die Gefahr einer unberechtigten Subsumption unter das Retentionsrecht liegt besonders nahe in den jetzt zu besprechenden Tatbeständen. Es besteht zwischen ihnen und dem Zurückbehaltungsrechte eine nahe Verwandtschaft; wie bei unserm Rechtsinstitute handelt es sich auch bei ihnen um eine dilatorische Einrede, die die Wirkung einer beschränkten Verurteilung hat, und doch muß man sich hüten, sie dem Retentionsrechte zuzuzählen. Es fehlt ihnen eine wesentliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts, der selbständige Gegenanspruch des Schuldners.

1. So sind keine Anwendungsfälle des Retentionsrechts die Bestimmungen der §§ 258 S. 2; 321; 811 Abs. 2 S. 2; 867 S. 3 BGB. und des § 838 ZPO. Den Tatbeständen genannter Paragraphen ist gemeinsam, daß jemand zur Leistungsverweigerung berechtigt ist, bis ihm Sicherheit geleistet wird. Da es jedoch bei ihnen an einer selbständigen Gegenforderung des Schuldners auf Sicherheitsleistung fehlt, kann von einem Retentionsrechte nicht gesprochen werden. Nach genannten Bestimmungen wird dem Schuldner lediglich eine einfache Einrede, eine Einrede völlig selbständiger Natur, die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung[2]) bewilligt.[3])

---

[1]) Für § 255 übereinstimmend Schollmeyer ad § 255 Note 4; a. A. Planck ad § 255 Note 1: „Der Absicht des § 255 dürfte es indessen entsprechen, dem Ersatzpflichtigen sofort einen Anspruch auf nachträgliche Abtretung der dem Eigentümer zustehenden Ansprüche einzuräumen." Wie Verf. auch Langheineken S. 310 § 18 II, 1.

[2]) vgl. § 202 Abs. 2 BGB.

[3]) Mit Verf. übereinstimmend auch wohl Planck ad § 867 Ziff. 4: „Eine aufschiebende Einrede steht dem Grundstücksbesitzer dann zu . . . bis Sicher-

Zur Klarstellung ist ad § 867 BGB. noch zu bemerken: Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein fremdes Grundstück geraten, so ist in der Befugnis des Besitzers des Grundstücks dem Eigentümer der Sache deren Wegnahme bis zur Leistung einer Sicherheit für den durch die Wegnahme der Sache entstehenden Schaden zu verweigern, kein Retentionsrecht zu erblicken, aus den oben erwähnten Gründen. Ganz anders liegt die Sache, wenn durch den wegzunehmenden Gegenstand bereits ein Schaden angerichtet ist; hier ist ein fälliger Anspruch auf seiten des Grundstücksbesitzers vorhanden, und daß demgemäß in diesem Falle von einem Retentionsrechte gesprochen werden kann, ist ohne weiteres klar. Diese beiden Fälle, die für das BGB. streng auseinander gehalten werden müssen, konfundierte die gemeinrechtliche Lehre.

In den römischen Quellen handeln die l. 7 § 2 D. 39, 2, die l. 9 § 1 eod. und die l. 8 D. 47, 9 von dem Falle, daß eine Sache auf ein fremdes Grundstück geraten ist. Hier soll dem Besitzer gestattet sein, die Wegnahme der Sache durch den Eigentümer zu verweigern, bis ihm sowohl wegen des durch die Sache bereits entstandenen als auch wegen des durch die Sache erst drohenden Schadens Sicherheit geleistet ist.[1]) Gerade die Retentionsbefugnis im letztgenannten Falle hebt Langfeld § 12 besonders hervor.

Jedoch auch für das gemeine Recht ist diese Lehre nicht unbestritten gewesen. Man wandte sich aber abweichend von der heutigen Doktrin, die ja lediglich für den zweiten von Langfeld genannten Fall die Retentionsbefugnis leugnet, gegen beide Fälle. Groskopff,[2]) der sich ja überhaupt bemüht, das Anwendungsgebiet des Zurückbehaltungsrechts nach Möglichkeit einzuschränken, meint, das Recht, die betreffenden Sachen zurückzufordern, bestehe keineswegs ohne weiteres, es sei vielmehr davon abhängig, daß der Eigentümer für den entstandenen und drohenden Schaden Sicherheit leiste. Diese Sicherheitsleistung gehöre zur Begründung der Klage, die eben erst durch diese zur Entstehung komme. Unzweifelhaft läßt sich die Lehre Groskopffs nicht halten. Nach richtiger Auffassung steht vielmehr dem Anspruche des Klägers auf Gestattung der Wegnahme der Sache ein selbständiger Anspruch des Beklagten auf Sicherheitsleistung nicht nur wegen des bereits entstandenen, sondern auch wegen des erst drohenden

---

heit geleistet ist"; vgl. auch Planck ad § 811 Ziff. 2; hier heißt es bezgl. § 811 Abs. 2 Satz 2: „er entspricht den für ähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften der §§ 258, 369, 403, 798, 800, 867". Langheineken sieht in §§ 258 Satz 2, 321, 811 Abs. 2 Satz 2, 867 Satz 3 BGB. und § 838 ZPO. ebenfalls selbständige Einreden; vgl. Langheineken S. 295 Ziff. 13; vgl. auch Schlegelberger S. 100 ff. Wenn Gaupp-Stein ad § 838 ZPO. bemerkt: „Auf Grund dieser Einrede ist die Klage abzuweisen; § 274 kann keine entsprechende Anwendung finden", so ist seiner Ansicht insofern zuzustimmen, als er in der Einrede des § 838 ZPO. keinen Fall des Retentionsrechts sieht; es muß ihm jedoch widersprochen werden, wenn er die beschränkte Verurteilung ausschließt.

[1]) Langfeld § 8 und § 12; ebenso auch Sintenis § 91 Note 75 ff. und Eccius S. 460.

[2]) S. 59 ff.

— dies dürfte sich für das gemeine Recht nicht bestreiten lassen[1]) — Schadens gegenüber.

2. Nichts anders als eine selbständige Einrede ist die Einrede aus § 1100 Satz 1 BGB.: „Der neue Eigentümer kann, wenn er der Käufer oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist, die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird." Ein selbständiger Anspruch des bisherigen Eigentümers auf Erstattung des berichtigten Kaufpreises entsteht erst nach der Eintragung des Berechtigten; vor der Eintragung ist ein solcher Anspruch überhaupt nicht vorhanden; vgl. § 1100 Satz 2.[2])

3. Nicht ein Anwendungsfall des Zurückbehaltungsrechts ist die Einrede aus § 526 Satz 1 BGB.: „. . . ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird." Ein Anspruch auf Ausgleichung des durch den Mangel entstandenen Fehlbetrages wird durch die fragliche Bestimmung nicht normiert.[3])

4. Das Gesagte gilt in analoger Weise von der Einrede des § 1160 Abs. 1 BGB.: „Der Geltendmachung der Hypothek kann widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt." Die Bestimmung bringt lediglich zum Ausdruck, daß bei der Briefhypothek der Hypothekenschuldner nicht verpflichtet ist zur Leistung schlechthin, sondern zur Leistung gegen Vorlegung des Briefes. Diese besondere Modifikation des Anspruchs des Hypothekengläubigers soll aber nur berücksichtigt werden, wenn der Schuldner sich auf sie im Wege der Einrede beruft, denn daß es sich im § 1160 Abs. 1 BGB. um eine Einrede handelt, dürfte sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben: „Der Geltendmachung der Hypothek kann widersprochen werden."[4])

Dem Zurückbehaltungsrechte ist die Einrede nicht unterzuordnen, da ein selbständiger Anspruch auf Vorlegung des Briefes auf Grund von § 1160 Abs. 1 Satz 1 nicht anzuerkennen ist.[5]) Dies wird allerdings bestritten von Biermann ad § 1160 Ziff. 1.

5. Es wurde bereits oben kurz erwähnt, daß den s. 1—4 genannten Einreden mit der Retentionseinrede das gemeinsame Merkmal eigentümlich ist, daß sie nicht zur Abweisung der Klage des Gläubigers, sondern lediglich zu einer beschränkten Verurteilung des Schuldners führen. Der

---

[1]) vgl. Langfeld § 12.

[2]) Ein Retentionsrecht nehmen hier an Planck ad § 1100 Ziff. 2a und Schlegelberger S. 100. Nicht ganz klar ist Fischer-Henle, wenn er zu dem Worte „verweigern" des § 1100 in Note 4 bemerkt: „Aehnlich dem § 1000". Mit Verf. übereinstimmend Langheineken S. 296 § 17 Ziff. 16.

[3]) Uebereinstimmend Langheineken § 17 Ziff. 15 S. 295.

[4]) Von einer Einrede sprechen hier auch Neumann zu § 1160 Ziff. 2; Planck zu § 1160 Ziff. 5a.; a. A. Friedenthal S. 45.

[5]) Uebereinstimmend Langheineken S. 296/97 § 17 Ziff. 17.

Grund für diese Wirksamkeit der Einreden ist zu entnehmen aus der Fassung der gesetzlichen Bestimmungen. Es ist nämlich allenthalben an Stelle der sonst gebräuchlichen Perfektform die Präsensform verwendet; vgl. die Worte: „bis Sicherheit geleistet wird" in den §§ 258 Satz 2, 321, 811, 867 Satz 3 BGB., dem § 838 ZPO.; „bis Sicherheit leistet" in § 811 Abs. 2 Satz 2 BGB.; „bis erstattet wird" in § 1100 Satz 1 BGB.; „bis ausgeglichen wird" in § 526 Satz 1 BGB.; „wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt" in § 1160 Abs. 1 BGB. Aus dieser Normierung erhellt, daß die Geltendmachung des durch Einrede gehemmten Anspruchs nicht dadurch bedingt ist, daß die Gegenleistung bereits bewirkt worden ist, — daß es vielmehr vollkommen ausreicht, daß der Gläubiger seiner Leistungspflicht nachkommt, gleichzeitig, also Zug um Zug mit der Leistung des Schuldners. Der Inhalt des Anspruchs des Gläubigers soll durch die zu bewirkende Gegenleistung lediglich beschränkt werden; diese Beschränkung findet aber nicht wie bei den s. b. besprochenen Tatbeständen von Amts wegen Beachtung, sondern nur, wenn der Schuldner sich auf sie einredeweise beruft. Die von Suppes S. 34 s. Ziff. 2 vertretene Ansicht: „Nur beim Zurückbehaltungsrecht und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann auf Leistung gegen Gegenleistung geklagt werden. Diese Bestimmung ist auf andere Einreden nicht analog anzuwenden, insbesondere nicht auf die Einrede mangelnder Sicherheitsleistung", dürfte demnach nicht begründet sein.[1])

6. Es ist nicht zu leugnen, daß zwischen den s. c) genannten Tatbeständen und dem Tatbestande des Zurückbehaltungsrechts eine weitgehende Aehnlichkeit besteht. Der Umstand jedoch, daß bei ihnen mangels Bestehens einer Gegenforderung von einem Retentionsrechte nicht gesprochen werden kann, kommt praktisch vor allem nach zwei Richtungen hin zur Geltung. Dem Gläubiger fehlt einmal die Befugnis zur Sicherheitsleistung. Ist ferner der Schuldner seiner Leistungspflicht nachgekommen ohne Berufung auf die Einrede, ist er lediglich auf die Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs beschränkt; im übrigen sei auf das oben s. IX b 4 γ Ausgeführte verwiesen.

Zweiter Abschnitt.

B. Das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB.

Das Verhältnis der Retentionseinrede zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) ist Gegenstand des

[1]) Bezgl. der prozessualen Wirksamkeit genannter Einreden ist derselben Ansicht wie Verf. Langheineken S. 88.

Streites. Eine Feststellung der rechtlichen Beziehungen zwischen beiden Einreden soll in diesem letzten Hauptabschnitte unserer Arbeit versucht werden.

Zur Lösung der Aufgabe ist unumgänglich eine Betrachtung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages selbst. Von einer erschöpfenden Darstellung jener Einrede kann natürlich keine Rede sein. Der Umfang der Untersuchung über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wird bestimmt durch unsern Zweck, die Klarstellung der Beziehungen zwischen der exceptio non adimpleti contractus und der Retentionseinrede.

I. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus).

a) Ihre Voraussetzungen und ihre juristische Natur.

Die Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Retentionseinrede stimmen insofern überein, als sich bei beiden Einreden zwei Forderungen gegenüberstehen müssen. Allein die Beziehungen zwischen den Ansprüchen sind bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages weit engere. Der Umstand, daß jede der geschuldeten Leistungen ein Aequivalent der andern bildet, und daß beide Forderungen den gegenseitigen Vertrag zur gemeinsamen juristischen Grundlage haben, läßt darauf schließen, daß zwischen beiden Obligationen ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis besteht. Wie weit dieses jedoch geht, war im gemeinen Rechte äußerst bestritten. Auch für unser heutiges Recht sind sich die Schriftsteller in diesem Punkte keineswegs einig.

Mit dieser Streitfrage hängt die betreffend die juristische Natur unserer Einrede unmittelbar zusammen. Vor allem sind es zwei Ansichten, die sich im gemeinen Rechte gegenüberstehen.

Nach Keller[1]) entstehen aus dem Abschlusse des zweiseitigen Vertrages nicht „zwei selbständige einseitige Forderungen nur in entgegengesetzter Richtung, sondern für jeden der beiden Kontrahenten nur ein Recht auf Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen". Jeder Kontrahent kann demgemäß klagen nur auf Leistung gegen Gegenleistung. Hieraus folgt: Bietet der Kläger bei Erhebung der Klage auf Leistung nicht wenigstens seinerseits die Gegenleistung an, so fehlt es an einem ausreichenden Klaggrunde, weshalb der Kläger abzuweisen ist, und zwar schon von Amts wegen. Macht jedoch der Beklagte selbst den Mangel geltend, so erhebt er hiermit nicht eine Einrede, die exceptio non adimpleti contractus, sondern er leugnet den Klagegrund, es liegt negative Litiskontestation vor. Diese Kellersche Ansicht wurde vor allem von der älteren Literatur[2]) vertreten.

---

[1]) Jahrbuch des gem. deutschen Rechts Bd. 4 S. 366 ff.
[2]) So u. a. auch von Glück Bd. 17 S. 228—239.

Sie ist viel angefeindet worden, und wohl mit Recht. Sie dürfte vor allem mit den Quellen nicht in Einklang zu bringen sein. Es ist doch immerhin zu bedenken, daß die Berufung des Beklagten auf die zu bewirkende Gegenleistung stets exceptio genannt wird; so in l. 5 § 4 D. 44, 4 und l. 5 C. 8, 44.[1])

Nach der richtigen und auch von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Ansicht[2]) ist nach den römischen Quellen lediglich die Auffassung haltbar, daß bei den gegenseitigen Verträgen der Anspruch des einen Teils durch den des andern in keiner Weise affiziert wird. Das durch den gegenseitigen Vertrag begründete Recht jeder Partei, die ihr gebührende Leistung zu fordern, ist nicht davon abhängig gemacht, daß sie die ihr obliegende Leistung bewirkt oder doch wenigstens angeboten hat. Ihr Recht ist nicht lediglich gerichtet auf einen Austausch von Leistungen; jeder der Kontrahenten kann vielmehr klagen auf Leistung schlechthin. Sein Anspruch ist seinem Inhalte nach in keiner Weise beschränkt. Es ist, wie Windscheid, Pand. Bd. 2 § 304 Note 2 S. 296 treffend bemerkt, die Gegenleistung nicht als „Minderung der Leistung" anzusehen, sondern als „Aequivalent für die Leistung". In dem Fordern, ohne daß die Gegenleistung gemacht oder angeboten ist, kann daher auch nicht ein Zuvielfordern erblickt werden, sondern lediglich ein Verstoß gegen die Absicht des Vertrages. Macht demgemäß der eine der Kontrahenten seinen Anspruch auf Leistung geltend, kann er nicht von Amts wegen zurückgewiesen werden mangels eines hinreichenden Klaggrundes; es kann vielmehr lediglich die Gegenpartei den Kläger im Wege der Einrede auf den gegenseitigen Vertrag verweisen und seine Leistung so lange verweigern, bis der klagende Teil seiner eigenen Verpflichtung nachkommt. Nur insoweit zeigt sich die Abhängigkeit der an sich völlig selbständigen beiderseitigen Obligationen. Es ist eben jeder der beiden Vertragschließenden an sich zur Leistung schlechthin verpflichtet, jedoch, falls er es verlangt, nur gegen Gegenleistung; so hat Thon[3]) das Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Obligationen richtig charakterisiert.

Wie regelt das BGB. die Einrede aus gegenseitigen Verträgen? Sehen wir uns die einschlägigen Bestimmungen an! In § 320 Abs. 1 heißt es: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern"; nach § 322 Abs. 1 ist der Beklagte, falls der eine Teil „auf die ihm geschuldete Leistung" Klage erhebt, „zu verurteilen". Ohne Zweifel dürfte hieraus zur Genüge hervorgehen, daß eine Verpflichtung beider Kontrahenten schon von vornherein mit Abschluß des Vertrages begründet ist. Wird der eine Teil auf Leistung verklagt, so kann er infolgedessen nicht geltend machen,

[1]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 304 S. 296 Note 2; Enneccerus Bd. 1 S. 446; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 20 Note 4 S. 58.

[2]) Gegen Keller zuerst Heerwart im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 7 S. 335 ff.; a. A. wie Keller auch Dernburg, Pand. a. a. O.; Windscheid a. a. O., Enneccerus a. a. O.

[3]) Jahrbuch f. Dogmatik Bd. 28 S. 53.

daß seine Verpflichtung noch nicht bestehe, etwa von einer Vorleistung des Klägers abhänge, weshalb dieser wegen Mangels eines ausreichenden Klaggrundes abzuweisen sei. Nein, seine Verpflichtung besteht, der Klaggrund liegt in dem Konsens der Parteien, dem abgeschlossenen Vertrage; der Beklagte kann gemäß § 320 Abs. 1 BGB. lediglich die an sich geschuldete Leistung verweigern, bis auch der Kläger seine Gegenleistung bewirkt. Er hat, wie aus der Fassung des Gesetzes unzweifelhaft erhellt, eine verzögerliche Einrede, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wie sie das Gesetz in § 202 Abs. 2 nennt.

Diese von der Mehrzahl der Schriftsteller[1]) vertretene Ansicht ist in neuerer Zeit bekämpft worden.

Die Gegner unserer Ansicht sind dieselben Schriftsteller, Hölder und Endemann, die auch die Einredenatur des Retentionsrechts bestritten. Die gegen die Einredenatur des Zurückbehaltungsrechts angeführten Gründe kehren auch hier wieder. Wir können uns daher zum Teil auf frühere Darlegungen berufen.

Genannte Schriftsteller[2]) behaupten: Der Umstand, daß es zu einer beschränkten Verurteilung komme, beweise, daß die sogen. Einrede des nicht erfüllten Vertrages tatsächlich keine echte Einrede sei; es gehe aus der Urteilsformulierung vielmehr hervor, daß der Anspruch des aus einem gegenseitigen Vertrage Berechtigten inhaltlich beschränkt sei, nämlich gerichtet auf einen Austausch der einen Leistung gegen die andere.

Aus Obigem dürfte jedoch hervorgehen, daß jedem Kontrahenten ein Anspruch auf Leistung schlechthin zusteht. Dadurch, daß der Schuldner sich auf seine Gegenforderung beruft, macht er nicht geltend, Kläger verlange mit seinem Klagbegehren zuviel, da dessen Anspruch nur gerichtet sei auf einen Austausch von Leistung gegen Gegenleistung; im Gegenteil, er bestreitet in keiner Weise die Berechtigung des klägerischen Anspruchs; er verweist lediglich den andern Teil auf den Inhalt des Vertrages, dem es entspreche, daß keine Partei zur Leistung genötigt werden könne, falls nicht auch die Gegenpartei ihrer Leistungspflicht nachkomme. Die Urteilsformulierung läßt durchaus nicht die von Hölder und Endemann gezogene Folgerung zu. Die praktischen Erwägungen, die die Einführung einer beschränkten Verurteilung nach Vorschützung der Retentionseinrede geboten erscheinen ließen, waren auch hier maßgebend. Mit einer materiellen Beschränkung des klägerischen Anspruchs hat die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug nichts zu tun.

Hiermit erledigen sich auch die Zweifel an der Einredenatur des schuldnerischen Vorbringens.[3])

---

[1]) vgl. u. a. Stammler S. 96; Crome Bd. 2 § 168; Fischer-Henle ad § 320; Enneccerus Bd. 1 § 182 S. 449 ff.; Langheineken § 17 I, 5 S. 293.

[2]) Endemann Bd. 1 § 126 S. 701 Note 10, S. 713 Note 21; Hölder, Kommentar S. 408; Hölder bei Busch Bd. 26 S. 78 f.; Hölder im Arch. f. civil. Pr. Bd. 93 S. 115 f.

[3]) vgl. auch die obige (S. 121—127) Begründung der Einredenatur des Retentionsrechts. Hier wurde auch insbesondere dargelegt, daß selbst die Annahme

Die Befugnis des Schuldners kann nur charakterisiert werden als echtes Leistungsverweigerungsrecht, als verzögerliche Einrede; so spricht denn auch das Gesetz in § 202 Abs. 2 von einer „Einrede des nicht erfüllten Vertrages". Als solche deckt sie sich ihrem juristischen Wesen nach vollkommen mit dem Retentionsrechte.

Von praktischer Bedeutung ist unsere Frage nach der juristischen Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Prozeß, vor allem im Versäumnisverfahren. „Es entbehrt jedes sachlichen Grundes, wenn der ausbleibende Käufer zu mehr als zur Zahlung Zug um Zug verurteilt wird, wenngleich der Verkäufer nicht behauptet, die Lieferung der Ware schon vollzogen oder angeboten zu haben." [1])

Nach der von uns vertretenen Auffassung muß der ausbleibende Käufer zur Leistung schlechthin verurteilt werden.

b) Die Regelung der Beweislast.

Diese hat nicht zum geringen Teil die Veranlassung gegeben zu dem oben ausgeführten Streit über das Wesen unserer Einrede. Da sie auch in der Tat einige Besonderheiten aufweist, die nicht unwesentlich zur Charakterisierung der juristischen Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages beitragen, bedarf sie einer besonderen Behandlung.

Daß zunächst dem Beklagten der Beweis des Bestehens seiner Forderung, auf die er sich beruft, obliegt, ist selbstverständlich. Eines Beweises wird er jedoch regelmäßig enthoben sein, da bereits der Kläger in seinem Klagevorbringen auf den Vertrag Bezug genommen und hiermit seine eigene Verpflichtung zur Leistung zugestanden haben wird.

Wer hat nun aber den Beweis für die sonstigen Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erbringen? Hat der Beklagte die Nichterfüllung oder Kläger die Erfüllung oder die etwaige Vorleistungspflicht des Beklagten zu beweisen? In der gemeinrechtlichen Doktrin ist niemals bestritten gewesen, daß dem Kläger dieser Beweis obliegt. Eine solche Verteilung der Beweislast muß einigermaßen wunderbar erscheinen. Liegt doch der Beweis der Tatsachen, auf die sich die Einrede stützt, stets dem ob, der sie vorbringt, also dem Beklagten. Man war daher nur zu versucht, die Einredequalität der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht anzuerkennen und die vermeintliche Einrede als Klagleugnung zu bezeichnen. Auch Endemann Bd. 1 S. 701 Note 10 meint: „Der zweite Grund, der gegen die Annahme einer Einrede spricht, ist: Der Beklagte trägt hier nicht die Beweislast." Allein die Hinüber-

---

einer inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs gegen die Einredenatur des Retentionsrechts nichts beweist; das Entsprechende gilt für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

[1]) Hölder in Busch Bd. 29 S. 78; vgl. die oben S. 88, 89 angeführten Erwägungen, die die Beachtlichkeit des Retentionsrechts nur bei ausdrücklicher Geltendmachung seitens des Beklagten als durchaus angemessen erscheinen ließen; sie gelten in entsprechender Weise auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

schiebung der Beweislast auf die klägerische Seite ist in der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagten wohlbegründet; sie läßt sich in Wahrheit nicht als Besonderheit hinstellen. Das Fundament der Einrede, den gegenseitigen Vertrag, gibt der Kläger dadurch, daß er aus dem Vertrage Klage erhebt, selbst zu; hiermit gesteht er seine eigene Verpflichtung zur Leistung ein. Weist ihn Beklagter durch die Erhebung der Einrede auf diese seine Verpflichtung besonders hin, so ist es seine Sache, die Gründe darzulegen, aus denen er nicht mehr oder überhaupt nicht zu leisten braucht, also entweder den Nachweis der bereits erfolgten Erfüllung oder der Vorleistungspflicht des Beklagten zu erbringen.

Das BGB. hat sich in diesem Punkte der gemeinrechtlichen Doktrin angeschlossen. Eine ausdrückliche Regelung der Frage gibt es allerdings nicht; eine solche enthielt jedoch der 1. Entwurf, dessen § 366 lautete: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe." Dieser Paragraph wurde gestrichen. In den Protokollen Bd. 1 S. 632 heißt es: „Es nahm die Kommission sachlich den § 366 an und beschloß auch, daß der Gedanke desselben zum Ausdruck gebracht werden soll, überließ aber der Redaktionskommission, zu prüfen, wie und wo dies zu geschehen habe." Sein Inhalt ist denn auch in die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes übergegangen, vor allem in § 320 Abs. 1. Wenn es hier in Satz 1 heißt: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist", so dürfte hieraus klar hervorgehen, daß dem Beklagten lediglich der Beweis seines Verpflichtetseins aus dem gegenseitigen Vertrage obliegt — daß dieser Beweis bereits durch das Vorbringen des Klägers erbracht ist, ist schon gesagt —, daß aber das Erloschensein der Gegenforderung oder das Bestehen einer Vorleistungspflicht des Beklagten durch Kläger zu beweisen ist. Darauf, daß unter Umständen eine sogen. Umkehrung der Beweislast durch ein Hinüberschieben der Beweispflicht auf die Seite des Beklagten stattfinden kann, soll nur hingewiesen werden; ein näheres Eingehen auf diese Frage würde jedoch nicht in den Rahmen unsers Themas gehören.

c) Die Wirkungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Bezüglich der Wirkungen unserer Einrede können wir uns kurz fassen. Bemerkenswert ist die Wirkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Konkurse; sie steht im Gegensatze zur Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den Konkursgläubigern. Die durch den gegenseitigen Vertrag bedingte Zusammengehörigkeit der beiden Forderungen kann durch die Konkurseröffnung in keiner Weise aufgehoben werden. Dem Umstande,

daß beide Forderungen auch wirtschaftlich zusammengehören, insofern, als jede Leistung ein Aequivalent der andern bildet, muß auch im Konkurse Rechnung getragen werden. Es geht nicht an, daß der Gemeinschuldner berechtigt ist, die geschuldete Leistung in ihrem ganzen Umfange zu fordern, während sich die Gegenpartei mit der Konkursdividende abfinden lassen muß. Es wäre dies ein Resultat, das mit den Grundsätzen der Billigkeit im schroffsten Widerspruch stehen würde. Dessen war sich auch der Gesetzgeber bewußt, indem er die Bestimmung traf, daß der Konkursverwalter, falls er die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages verlangt, seiner eigenen Leistungspflicht in vollstem Maße nachkommen muß; der Anspruch der Gegenpartei aus dem gegenseitigen Vertrage ist zu einer Masseschuld erklärt; vgl. § 17 Abs. 1 und § 59 Ziff. 2 KO.

Unterscheidet sich unsere Einrede durch diese Wirksamkeit im Konkurse wesentlich von der Einrede des Retentionsrechts, so gleichen sich beide Einreden durch ihren Einfluß auf die Verjährung des Anspruchs, dem sie entgegenstehen.

Aus denselben Gründen wie die Retentionseinrede vermag auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Verjährung des mit ihr behafteten Anspruchs nicht zu hemmen.[1])

Im Prozesse hat auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages lediglich die Wirkung einer beschränkten Verurteilung; dies ist durch § 322 Abs. 1 BGB. festgesetzt. Im gemeinen Rechte kam es wenigstens regelmäßig zu einer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Für alle Fälle unumgänglich war jedoch jene Formulierung nicht. „Es wird auf die Umstände des einzelnen Falls ankommen; regelmäßig wird man einen Antrag der Parteien auf bedingte Verurteilung zu erwarten, sonst aber einfache Abweisung der Klage auszusprechen haben.“ [2])

Für die Vollstreckung des auf Leistung Zug um Zug lautenden Urteils gilt das oben S. 95, 96 Gesagte.

d) Gründe für die Ausschließung und das Erlöschen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Manche der oben beim Zurückbehaltungsrecht genannten Ausschließungs- und Erlöschungsgründe können auch auf unsere Einrede Anwendung finden. So muß natürlich die Einrede entfallen, wenn der Kläger tatsächlich bereits erfüllt hat oder Beklagter zur Vorleistung verpflichtet ist. Auch ein Verzicht auf unsere Einrede ist möglich.

Von einer einfachen Übertragung sämtlicher beim Zurückbehaltungsrecht genannten Ausschließungs- und Beendigungsgründe kann jedoch keine Rede sein. Es ist für unsere Einrede äußerst charakteristisch, daß ihre Ab-

---

[1]) vgl. oben S. 74.

[2]) André S. 132; vgl. auch die Ausführungen bei Langfeld S. 124; Goldschmidt § 95 Anm. 1.

wendung durch Sicherheitsleistung ausgeschlossen ist. Dies gilt für unser heutiges und das gemeine Recht.[1])

Es ist eben der gegenseitige Vertrag auf einen Austausch von Leistung gegen Gegenleistung gerichtet; die Gegenpartei hat ein vertragsmäßiges Recht auf Leistung. Durch die Hingabe einer bloßen Sicherheit würde ihr ihr Recht aus dem Vertrage verkümmert; es ist dies bereits an anderer Stelle (S. 105 f.) näher auseinandergesetzt.

Daß unter Umständen die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages eingeschränkt werden muß, ist auch bereits (S. 105 f.) ausgeführt; vgl. auch § 320 Abs. 2 BGB.[2])

Durch Annahmeverzug des Beklagten wird die Einrede nach heutigem Recht grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Es folgt dies aus denselben Gründen, die beim Zurückbehaltungsrecht gelten;[3]) bloßer Annahmeverzug genügt eben nur in der Zwangsvollstreckung, um jeder weiteren Wirksamkeit der Einrede ein Ende zu machen; vgl. § 322 Abs. 3 BGB. Im gemeinen Rechte hielt man auch vor dem Urteil und der Zwangsvollstreckung ordnungsmäßige Realoblation des Klägers und Nichtannahme des Beklagten für ausreichend, um das Retentionsrecht zum Erlöschen zu bringen.[4])

Da, wie wir oben sahen, dem gegenseitigen Vertrage zwei selbständige Obligationen entspringen, so unterliegen diese auch einer selbständigen Verjährung. Es kann sehr wohl möglich sein, daß bezüglich des Beginns und der Dauer der Verjährung zwischen beiden Ansprüchen eine Verschiedenheit besteht. Der eine Anspruch kann früher verjähren wie der andere. Wie ist zu entscheiden, wenn der nicht verjährte Anspruch geltend gemacht wird? Kann sich jetzt die Gegenpartei, die Inhaberin der verjährten Forderung, noch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen?

Bereits oben,[5]) als davon die Rede war, ob eine verjährte Gegenforderung zur Geltendmachung des Retentionsrechts benutzt werden könne, wurden die Voraussetzungen dargelegt, unter denen ein verjährter Anspruch noch als Einrede benutzt werden kann. Wir stellten fest, daß durch die Verjährung des Anspruchs unter Umständen auch die aus ihm resultierende Einrede berührt wird, und sagten: Ist ein obligatorischer Anspruch verjährt, so ist hiermit auch die Einrede erloschen, falls sich diese lediglich darstellt als Geltendmachung des Anspruchs in Form der Verteidigung.

Anders verhält es sich jedoch, wenn die Einrede nicht lediglich auf dem obligatorischen Anspruche beruht, ihr vielmehr eine selbständige, von

---

[1]) vgl. § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB.: „Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung"; und Goldschmidt § 95 S. 988 Note 22: „Ein darüber hinausgehendes Recht auf gleichzeitige Befriedigung hat der Retinent jedenfalls da, wo seine exceptio doli den Charakter der exceptio non adimpleti contractus trägt, denn hier gilt schlechthin die Verpflichtung Zug um Zug zu leisten."

[2]) Näheres über die Interpretation dieser Bestimmung oben S. 107 ff.

[3]) vgl. oben S. 116.

[4]) André S. 140 ff..

[5]) S. 44ff.

dem obligatorischen Anspruche unabhängige Existenz zukommt. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann nun unzweifelhaft nicht lediglich bezeichnet werden als eine besondere Form der Geltendmachung des Gegenanspruchs. Kraft ihrer Grundlage, des gegenseitigen Vertrages, besteht sie vielmehr selbständig neben dem Anspruche. Der Schuldner ist berechtigt, die Leistung zu verweigern, weil er auf Grund eines gegenseitigen Vertrages verpflichtet ist; solange dieser besteht, bleibt auch das Leistungsverweigerungsrecht unberührt.

Sprachen gegen die Zulassung eines Zurückbehaltungsrechts bei verjährten Ansprüchen Billigkeitserwägungen, so dürfte umgekehrt gerade aus Gründen der Billigkeit die Verjährung des Gegenanspruchs ohne Einfluß sein auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist eigentümlich die vertragliche Grundlage. Jede der beiden Parteien ist sich infolgedessen von vornherein bewußt, daß beide Forderungen zueinander in engstem Abhängigkeitsverhältnis stehen, daß jeder Teil, wenn er will, nur verpflichtet ist zur Leistung gegen Gegenleistung. Sein Recht auf die Gegenleistung kann nun aber jeder Kontrahent nur geltend machen, wenn die Gegenpartei ihrerseits ihren Anspruch erhebt. Es würde nun aber einer Ueberlistung des andern Teils der Vertragschließenden gleichkommen, wenn die eine Partei bis zur Verjährung der Gegenforderung warten und dann ihren Anspruch ohne Rücksichtnahme auf ihre eigene Verpflichtung durchsetzen könnte. [1])

Diese Darlegungen über unsere Einrede mögen genügen, um ihr Verhältnis zur Einrede des Retentionsrechts feststellen zu können.

II. Die Beziehungen der Einrede des Zurückbehaltungsrechts zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Die bisherigen Erörterungen lassen keinen Zweifel darüber, daß zwischen beiden Einreden mannigfache Beziehungen bestehen. Im Laufe der Darstellung wurde auf sie bereits Bezug genommen. Die wichtigsten Berührungspunkte seien nochmals kurz hervorgehoben.

Beide Rechtsinstitute sind Einreden, und zwar Einreden besonderer Art; sie gestatten das Verweigern der Erfüllung eines Anspruchs bis zur Befriedigung eines mit diesem in gewissem Zusammenhange stehenden Gegenanspruchs. Sie bewirken nicht die Abweisung der Klage des Gläubigers, sondern eine Verurteilung in beschränktem Umfange, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug.

Auf die Verjährung des Anspruchs, dem sie entgegenstehen, sind sie ohne Einfluß.

---

[1]) Im Resultate übereinstimmend für das gemeine Recht André S. 132 ff.; Windscheid Pand. Bd. 1 § 112 Note 8; für das heutige Recht: Regelsberger in Iherings Jahrbuch Bd. 41 S. 330; Enneccerus Bd. 1 S. 353 s. IV 3a; Langheineken S. 179; Kipp, Zusätze Bd. 1 S. 502, 503.

Es kann daher das Bestreben nicht wundernehmen, die eine der Einreden lediglich als eine Anwendungsform der andern zu betrachten, und zwar subsumiert man die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als die auf das engere Anwendungsgebiet, den gegenseitigen Vertrag, beschränkte unter die Einrede des Retentionsrechts. Es geschieht dies für das gemeine Recht von Langfeld S. 51 § 9: „Nichts anderes wird nun aber auch durch die sogen. exceptio non adimpleti contractus geltend gemacht"; ebenso Dernburg, Kompensation S. 370; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 351 Note 9; Heerwart, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 7 S. 341 ff.; Cramer ebenda Bd. 37 S. 417 ff.; Goldschmidt § 93 Note 8; vgl. auch Goldschmidt § 95 S. 993; er spricht hier von der Geltendmachung des Retentionsrechts in Form der exceptio non adimpleti contractus. Auch die Praxis subsumiert die eine Einrede unter die andere; vgl. ROHG. Bd. 17 S. 353: „Diese Befugnis, die eigene Leistung zurückzuhalten, ist nicht beschränkt auf den Fall der sogen. exceptio non adimpleti contractus, d. h. den Fall, daß die zurückzuhaltende Leistung den Charakter eines Aequivalents für die geforderte Leistung hat"; eine besondere Scheidung zwischen den beiden Fällen der Leistungsverweigerung wird hier, wie wir sehen, nicht gemacht.

Für unser heutiges Recht sind für eine Unterordnung der einen Einrede unter die andere: Kipp, Zusätze Bd. 2 S. 300; Planck ad § 273 Ziff. 2 Oertmann ad § 273 Ziff. 1 a; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 1. Abtlg. § 57 Anm. 2; Stammler S. 102; Enneccerus Bd. 1 § 174 Anm. 1 S. 429; Hellwig § 53 S. 374.

Man kann immerhin für das gemeine Recht zweifelhaft sein, ob Bedenken gegen eine Subsumption vorgebracht werden können;[1]) so kommt in den Quellen eine strenge Scheidung nicht zum Ausdruck; es finden sich Wendungen wie retinere, tenere in Fällen, in denen es sich um eine exceptio non adimpleti contractus handelt; vgl. l. 31, 8 D. de aedil. edict. 21, 1: venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet quoad emptor satisfaciat; l. 22 D. de hered. vel. act. vend. 18, 4: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur;

l. 13, 8. D. de act empti vend. 19, 1: Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, ed ideo etsi pretii partem offerat, non-

---

[1]) Eine Reihe von Schriftstellern wendet sich gegen eine Subsumption, allerdings aus Gründen, die für uns nicht in Betracht kommen; es sind dies diejenigen, die die exceptio non adimpleti contractus als negative Litiskontestation auffassen; so Luden S. 21 ff.; Schenck S. 41 und S. 115; Groskopff S. 14 wendet sich gegen eine Unterordnung, indem er die Konsequenzen seiner Anschauung über die Retentionseinrede zieht; er erkennt lediglich ein Retentionsrecht an einer fremden Sache an; die exceptio non adimpleti contractus, mittelst deren eine eigene Sache verweigert wird, kann er daher nicht als Retentionseinrede auffassen. Diejenigen Schriftsteller, die die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wie es auch richtig ist, als wahre Einrede bezeichnen, betrachten sie wohl durchweg als Anwendungsform des Retentionsrechts; s. die oben S. 144 zitierten Schriftsteller.

dum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.

Allein, die in den Quellen gebrauchten Wendungen sind, wie schon oben dargelegt, nicht maßgebend; auch für das gemeine Recht läßt sich, wie wir sehen werden, die von der Literatur vertretene Auffassung nicht rechtfertigen.

Wie stellt sich dar die Art der Behandlung unserer Einreden im BGB? Diese läßt m. E. keinen Zweifel darüber, daß das Gesetz eine Gleichstellung der Einreden kraft eines zwischen ihnen bestehenden inneren Zusammenhanges nicht annimmt.

Beide Einreden sind verschiedenen Abschnitten untergeordnet: § 273, §§ 320 ff.; in § 202 Abs. 2 BGB. werden sie koordiniert aufgezählt, nicht subordiniert; es heißt: „Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages" und nicht: „Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, insbesondere die des nicht erfüllten Vertrages."[1])

Durch die Art der Normierung weist uns das Gesetz den richtigen Weg. Es sprechen in der Tat schwerwiegende innere Gründe gegen eine Unterordnung der einen Einrede unter die andere.

Wie schon oft während der Darstellung, so sei auch hier nochmals besonders darauf hingewiesen, daß bei beiden Einreden das Fundament, auf dem sie ruhen, durchaus verschieden ist. Es fällt entscheidend ins Gewicht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als besondere Grundlage hat den gegenseitigen Vertrag. Durch diesen kommen beide Obligationen zu gleicher Zeit zur Entstehung. Sie sind durch den Willen der Parteien von vornherein in ein enges Abhängigkeitsverhältnis zueinander gebracht. Die Verpflichtung des einen Teils kann nicht bestehen, wenn die Verpflichtung des andern nicht gültig entstanden ist; es müssen sich beide Parteien gültig verpflichtet haben.[2])

Die Verpflichtung des einen Teils kann nicht ohne Rücksicht auf die Verpflichtung des andern Teils geltend gemacht werden. Es würde eben der Parteivereinbarung widersprechen, falls der eine Teil zur Leistung gezwungen werden könnte, ohne daß die Gegenpartei ihrer eigenen Leistungspflicht zu genügen brauchte. Es ergibt sich aus dem Wesen des synallagmatischen Vertrages, aus dem in diesem zum Ausdruck kommenden Parteiwillen, daß jede Partei die ihr obliegende Leistung verweigern kann, bis die ihr geschuldete Gegenleistung bewirkt wird.

Diese vertragliche Grundlage fehlt vollständig der Einrede des Zurückbehaltungsrechts. Es ist keine Rede davon, daß beide Gegenforderungen, die die Voraussetzung der Retentionseinrede bilden, durch denselben einheitlichen Vertrag zur Entstehung gelangen. Irgendein Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden Ansprüchen derart, daß die eine

[1]) Hierauf weist Langheineken S. 335, 336 mit Recht besonders hin.

[2]) Die Zusammengehörigkeit beider Forderungen wird allerdings in dieser Schärfe nur betont vom BGB. Das gemeine Recht kannte das heute beseitigte sogen. negotium claudicans, bei dem nur ein Teil berechtigt und nur einer verpflichtet war; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 20, 2 S. 59.

Verpflichtung nicht entstehen kann, wenn die andere Verpflichtung nicht gültig entstanden ist,[1]) besteht in keiner Weise. Die Entstehungsgründe beider Ansprüche sind nach gemeinem Rechte und BGB. durchaus selbständig. Damit, daß dem einen Teile ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung zuerkannt wird, wird lediglich Erwägungen der Billigkeit Rechnung getragen. Es bedeutet einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, vom Gegner eine Leistung zu verlangen, ohne selbst seiner eigenen mit der Leistungspflicht des Gegners in enger Beziehung stehenden Verpflichtung nachzukommen. Lediglich dieser allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben ist es, auf der die Einrede des Retentionsrechts beruht. In der Hand des Schuldners soll sie sich als wirksames Schutzmittel erweisen für die ihm zustehende Gegenforderung. Keineswegs stützt sich das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners auf eine kontraktliche Bedingtheit gegenseitiger Verpflichtungen; dies ist das Wesentliche.

Aus der verschiedenen Grundlage beider Einreden ergeben sich auch die weiteren Unterscheidungsmerkmale in ihrer Wirksamkeit.

Es besteht, wie dargelegt, kein Hindernis, die Retentionseinrede durch Sicherheitsleistung abzuwenden; Erwägungen der Billigkeit machten die Bewilligung jener Möglichkeit der Abwendung des Retentionsrechts notwendig; dem Schuldner wird durch das Recht des Gläubigers zur Sicherheitsleistung ebenfalls nicht zu nahe getreten, da ihm die Sicherheitsleistung einen vollwertigen Ersatz bietet für den seiner Gegenforderung durch die Retention gewährten Rechtsschutz. Dem durch den gegenseitigen Vertrag der Gegenpartei gewährten Rechte auf Leistung muß im Gegensatze hierzu seitens des andern Teils vollkommen entsprochen werden. Weil jede Partei ein vertragsmäßiges Recht auf Leistung hat, braucht sich weder der eine noch der andere Teil durch Sicherheitsleistung abfinden zu lassen.

Es sei ferner erinnert an die durchaus andere Wirkung beider Einreden im Konkurse des Gegners.

Kraft der juristischen und wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit beider Ansprüche des gegenseitigen Vertrages muß die aus ihm entsprungene Einrede der Forderung des Konkursverwalters gegenüber voll aufrecht erhalten bleiben. Die Wirksamkeit des Retentionsrechts wird dagegen im Konkurse wesentlich eingeschränkt. Auch die verschiedene Wirkung der Verjährung des Gegenanspruchs auf die mit ihm im Zusammenhange stehende Einrede findet nicht zum geringen Teil ihren Grund in der bei beiden Einreden verschiedenen juristischen Grundlage.

Wie wir sahen, ist für das heutige Recht durch positive Vorschrift die analoge Anwendung der bei der Retentionseinrede bestehenden Befugnis zur Sicherheitsleistung auf den Fall des § 320 BGB. wegen der hier durchaus anders gearteten Sachlage ausgeschlossen; auch nach gemeinem Rechte war aus gleichen Erwägungen die Abwendung der Ein-

[1]) vgl. aber Anmerkung 2 der vorigen Seite.

rede des nicht erfüllten Vertrages durch Sicherheitsleistung nicht gestattet. Aus demselben Grunde, kraft der bei beiden Einreden abweichenden Grundlage, kann auch umgekehrt eine analoge Uebertragung der für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegebenen Vorschriften auf die Retentionseinrede grundsätzlich nicht eintreten; eine etwaige Analogie ist jedenfalls nur nach sorgfältigster Prüfung ihrer Berechtigung statthaft. So stand, wie dargelegt, einer Anwendung des § 320 Abs. 2 BGB. auf die Retentionseinrede kein Hindernis entgegen. Im Gegensatze hierzu konnte von einer analogen Uebertragung des § 320 Abs. 1 Satz 2 BGB. auf den Fall des Retentionsrechts keine Rede sein, denn die Vorschrift des § 320 Abs. 1 Satz 2 ist lediglich eine Konsequenz des Wesens des gegenseitigen Vertrages.

Zieht man diese sich aus der verschiedenen juristischen Basis beider Einreden ergebenden erheblichen Unterscheidungsmerkmale zwischen beiden Einreden in Betracht, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Unterordnung der einen Einrede unter die andere nicht eintreten kann; beide Einreden stehen selbständig nebeneinander.

Dies gilt, wie insbesondere in der Fassung des Gesetzes zum Ausdruck kommt, sicherlich für unser heutiges bürgerliches Recht.[1])

Diese Auffassung vom Verhältnis beider Einreden zueinander dürfte aber auch nach gemeinem Rechte gerechtfertigt sein.

Schluß.

Im Laufe der Darstellung haben wir uns des häufigeren mit dem Begriffe der Einrede beschäftigen müssen; insbesondere war die Wirksamkeit der Einrede auf den entgegenstehenden Anspruch Gegenstand der Betrachtung. Wie wir sahen, ist sich die Literatur in dieser Beziehung keineswegs einig. Man streitet, ob die Einrede den Anspruch im Sinne der Nichtfälligkeit beeinflußt, oder ob sie gar seine völlige Vernichtung nach sich zieht; letztere Auffassung wird von Hölder vertreten. Gegen ihre Richtigkeit dürfte durch die Darstellung ein wichtiges Argument gewonnen sein.

Wir haben in eingehender Weise die Einredenatur des Zurückbehaltungsrechts und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu begründen und die dagegen von Hölder und Endemann erhobenen Einwendungen zurückzuweisen versucht. Ist diese Charakterisierung des Retentionsrechts und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages richtig, so steht hiermit fest, daß Hölder mit seiner Auffassung bzgl. der Wirksamkeit der Einrede auf den entgegenstehenden Anspruch nicht auf dem Boden

[1]) Im Resultate übereinstimmend: Schollmeyer ad § 273 Ziff. 2 b α; Crome Bd. 1 § 124 S. 547; Langheineken § 19 S. 336; Rehbein Bd. 2 S. 90.

des Gesetzes steht. Die Ansicht: „Jede begründete Einrede schließt die Existenz des Anspruchs, gegen den sie Platz greift, aus“;[1]) „die Berechtigung zur Verweigerung einer Leistung bedeutet den Ausschluß der Leistungspflicht“[2]) ist nach dem BGB. nicht haltbar, denn, wie wir sahen, hindert weder die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Verurteilung des Schuldners. Dies wäre aber nicht denkbar, wenn beiden Einreden eine den Gegenanspruch vernichtende Wirkung zukäme.

Der Einredebegriff des BGB. weicht in keiner Weise ab von demjenigen, den die herrschende Ansicht für das gemeine Recht anerkannte.[3])

Es unterscheidet, wie gerade die Retentionseinrede und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beweisen, scharf zwischen dem Behaftetsein des Anspruchs mit einer Einrede und der Nichtexistenz des Anspruchs. Die Theorie Hölders muß diesen Unterschied verwischen.[4])

---

[1]) Hölder, Arch. f. d. zivil. Pr. Bd. 93 S. 80.

[2]) Hölder a. a. O. S. 89.

[3]) Die Erwägungen, die zur Aufrechterhaltung des Begriffs der Einrede geführt haben s. Protokolle Bd. 1 S. 359, 360.

[4]) Hölder, Kommentar, Vorbemerkungen vor § 194 BGB. S. 404 a. E.: „Was die Geltendmachung des Anspruchs ausschließt, das schließt seine Existenz aus.“

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.